



**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**

**Carrera de Abogacía**

**Trabajo Final de Graduación**

*La factibilidad, utilidad y legalidad de la llamada “entrega directa” como opción en el Régimen de Adopción.*

Gianna Mondini

Año 2015

## **RESUMEN EJECUTIVO**

En primer lugar es importante tener presente que el Estado argentino demoró más de ochenta años luego de sancionarse el Código Civil para tener la primera legislación en materia de Adopción. El Anteproyecto de Babiloni mantuvo la postura de Vélez Sarsfield respecto de la inconveniencia del instituto de la adopción, quien en base al pensamiento de la época, consideraba como no oportuno introducir en una familia a un individuo que la naturaleza no había colocado en ella. Por entonces, la práctica de la adopción era tratada por instituciones privadas o público privadas.

En ese sentido, el instituto adoptivo fue incorporado a la legislación nacional recién en 1948. Pese a que su inclusión correspondió de acuerdo a los fundamentos de un grupo de legisladores a un hecho extraordinario, su sanción y contenido al igual que los primeros proyectos presentados en el Congreso durante los años 30 no quedó ajeno al tutelarismo clásico.

Con la ansiada venida democrática y la firma con posterior ratificación por el Estado argentino de la Convención de los Derechos del Niño, se hizo imperiosa una nueva ley de adopción. Pero pese al entusiasmo, las expectativas no se cumplieron y la ley 24779 actualmente vigente, no modificó sustancialmente la antigua norma. La reforma se limitó, lo cual no es menor, pero si insuficiente, a prohibir la entrega por acto administrativo o escritura pública, prescribiendo la necesidad de un proceso judicial e incorporando una instancia previa al otorgamiento de la adopción denominada guardia preadoptiva. Sin embargo, se ratificó la adopción plena bajo las mismas condiciones y tan solo se adicionó aunque de manera ambigua, que el adoptado pueda acceder al expediente una vez cumplidos los 18 años de edad.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el acortamiento de los plazos judiciales, la mayor flexibilidad a la “guarda de hecho”, la obligación de escuchar al niño durante el proceso adoptivo y su derecho a conocer en cualquier momento su origen biológico son los cambios estratégicos a los cuales se apunta.

**Palabras clave:** Adopción – Entrega Directa- Guarda de Hecho – Ley 24.779 – Código Civil y Comercial de Vélez Sarsfield reformado – Código Civil y Comercial de la Nación

### **Abstrac**

Firstly it is important to remember that the Argentine government took more than eighty years after the Civil Code penalized for having the first legislation Adoption. The Draft Babiloni kept Velez Sarsfield's position regarding the inappropriateness of the institute of adoption, who based on the thinking of the time, not considered appropriate to introduce in a family an individual that nature had placed in her. By then, the practice of adoption was treated by private or public-private institutions.

In that sense, the adopted school was incorporated into national law only in 1948. Despite its inclusion corresponded according to the fundamentals of a group of legislators at a remarkable fact, sanction and content as the first projects submitted Congress during the 30s was not alien to the classical tutelarismo.

With the long-awaited democratic coming and signature and subsequently ratified by the Argentine State of the Convention on the Rights of the Child, it became imperative to adopt a new law. But despite the enthusiasm, expectations were not fulfilled and 24779 law currently in force, did not substantially change the old standard. The reform was limited, which is not less, but insufficient, to forbid the disclosure by administrative act or deed, prescribing the need for a trial and incorporating a previous instance to grant the adoption called preadoptive guard. However, full adoption under the same conditions was ratified and only was added albeit ambiguously, that the adoptee can access the file after the age of 18 years.

In the new Civil and Commercial Code of the Nation, the shortening of legal deadlines, greater flexibility "actually saves" the obligation to hear the child during the adoption process and their right to know at any moment their biological origin are strategic changes to which points.

Keywords: Adoption - Done Guard - 24,779 Law - Civil and Commercial Code of Velez Sarsfield renovated - Civil and Commercial Code of the Nation

## **INDICE**

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCION</b>	<b>6</b>
<b>II.</b>	<b>CAPITULOS.</b>	
	<b>CAPITULO 1: El Régimen de Adopción en la República Argentina en el Código Civil de Vélez Sarsfield.</b>	
1.1	Concepto.	9
1.2	Clases de Adopción.	
1.2.1	La Adopción Plena	9
1.2.2	La Adopción Simple	10
1.2.3	La Adopción en el extranjero	10
1.3	Evolución histórica del instituto.	13
	<b>CAPITULO 2: Recepción Legislativa en el Código Civil de Vélez Sarsfield reformado y en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación</b>	
2.1	República Argentina.	20
2.1.1	Código Civil de Vélez Sarsfield reformado.	20
2.1.2	Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.	22
2.2	Legislación comparada.	25
2.2.1	Régimen de adopción en Estados Unidos.	25
2.2.1.1	Concepto.	25
2.2.1.2	Vías de adopción según el Régimen Vigente.	26
2.2.1.3	La Adopción Doméstica.	31
	<b>CAPITULO 3: Compatibilidad entre la redacción del Código Civil de Vélez Sarsfield reformado y el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sobre la “entrega directa”</b>	
3.1	La llamada “Entrega Directa” en el Régimen de Adopción en el Código Civil de Vélez Sarsfield reformado	34

3.2	El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sobre la “entrega directa”.	36
3.3	Vulneración al Derecho a la Igualdad.	37
3.4	Derechos de los Progenitores e Interés Superior del Niño.	40
<b>CAPITULO 4: Recepción Doctrinal y Jurisprudencial sobre la “entrega directa”.</b>		
4.1	Opiniones a favor.	48
4.2	Opiniones en contra.	50
4.3	Jurisprudencia a favor	51
4.4	Jurisprudencia en contra.	54
4.5	Tendencia jurisprudencial de la CSJN	58
<b>CAPITULO 5: Análisis y posible solución a la problemática planteada</b>		
5.1	Puntos destacados del nuevo Código Civil y Comercial sobre el Régimen de Adopción	63
5.2	Propuesta personal de modificación al Régimen de Adopción sobre la Entrega Directa.	65
<b>VI</b>	<b>CONCLUSION.</b>	<b>69</b>
<b>VII</b>	<b>ANEXOS.</b>	<b>71</b>
<b>VIII</b>	<b>BIBLIOGRAFIA.</b>	<b>118</b>

## **INTRODUCCION**

En la actualidad existen unos catorce mil jóvenes sin cuidados parentales, de los cuales la mitad se encuentra en condiciones de adoptabilidad, según informes de la ONU.<sup>1</sup>

Pero pocos de esos niños son verdaderamente huérfanos, sino que pertenecen a familias desintegradas, cuyos padres están ausentes o no pueden hacerse cargo de ellos. Por ello, no siempre es tan clara la línea que separa a los que son declarados en condiciones de adoptabilidad de los que no, aunque de todas maneras permanezcan institucionalizados.

En países como la Argentina, que no ha pasado por guerras ni catástrofes naturales, la cantidad de huérfanos es baja, por eso no hay muchos niños para adopción.<sup>2</sup> Pero el estado considera que los niños que están mal alimentados, sin acceso a la escuela y con todo lo que puede verse en los casos de pobreza seria, se encuentran en situación de abandono moral o material por parte de sus padres.

Tiempo atrás, la respuesta del Estado en esos casos era quitar los niños a las familias pobres e internarlos en instituciones. Eso producía que hubiera muchos chicos internados, cuando en realidad debían operar las políticas sociales para evitar que las familias expulsaran a los niños, haciéndolos trabajar en la calle.

Esta lógica comenzó a modificarse a partir de la sanción de la Convención de los Derechos del Niño (20/11/1959. Resolución 1386 de la ONU)) y de la Ley de Adopción N° 24.779 sancionada el 26 de Marzo de 1997.

La adopción no es una figura para trasladar niños con necesidades insatisfechas a familias que sí cuentan con recursos materiales, sino que es una institución pensada para la satisfacción de todo niño a vivir en familia cuando no lo puede hacer en la propia, ¿A qué nos referimos con esto? El instituto constituye un acto que significa más que retirar a un niño en situación de abandono para ser llevado al cuidado de

---

<sup>1</sup> Graham, Marisa; Pinto, Gimol. (2012). *Situación de niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la Argentina*. UNICEF

Texto Recuperado: (15/08/14) [http://www.unicef.org/argentina/spanish/cuidados\\_Parentales\\_final.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/cuidados_Parentales_final.pdf)

<sup>2</sup> Mueller, Heinrich. (2011). *Situación de niñas y adolescentes sin cuidados parentales en America Latina*. UNICEF Texto Recuperado:(15/08/14) <http://www.relaf.org/Documento.pdf>

personas con recursos materiales suficientes, significa la oportunidad de darle a ese menor todas las posibilidades de tener una familia conformada que pueda satisfacer no solo sus necesidades básicas sino también afectivas.

El trabajo se desarrollara en tres partes:

- En principio, y para introducirnos en el tema, se analizará el Régimen de Adopción vigente, en lo que hace a su funcionamiento y normativa aplicable, para lo cual nos remontaremos al origen de su implementación.
- Ya en una segunda parte, ahondaremos precisamente en las particularidades de la “entrega directa” en la Adopción, analizando posturas doctrinales en contra, pero principalmente a favor, y posteriores fallos jurisprudenciales, como así también, las distintas leyes que fueron dándole forma a este régimen. Es de gran importancia hacer hincapié en la entrega directa como una opción viable dentro de la Adopción.
- Como tercera parte, y bajo la mayor seriedad posible, trataremos de esbozar una solución desde el marco jurídico a la problemática planteada, tratando de otorgar una vía de solución a aquellos padres que desean dar en adopción, pero nuestro sistema actual no les da la oportunidad ni la intervención en el proceso. Así también se tomaran en cuenta antecedentes, opiniones recabadas por doctrinarios, jurisconsultos, y regímenes utilizados en otros países, los cuales han resultado de gran éxito.
- Para finalizar, se elaborara una conclusión, donde se expondrá la posición personal adoptada, con sus fundamentos, acerca de cómo impacta actualmente en nuestro sistema legal y de salud las falencias que presenta el régimen de adopción vigente.

*La factibilidad, utilidad y legalidad de la llamada “entrega directa” como opción en el  
Régimen de Adopción.*

# **CAPITULO 1**

## **El Régimen de Adopción en la República Argentina en el Código Civil de Vélez Sarsfield.**

La adopción es un instituto que sólo tiene aproximadamente 65 años en nuestra legislación. Vélez Sarsfield no legisló sobre el tema por reputarla contraria a la moral y las buenas costumbres. Fue recién en 1948 cuando la ley 13.252 se encargó de introducir esta figura al Derecho Argentino.

El Régimen de Adopción en el Código Civil de Vélez Sarsfield reformado abarcaba desde el Art. 311 al Art. 340. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desde el Art. 594 al Art. 637.

### 1.1 Concepto

Se entiende por adopción o filiación adoptiva al acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de forma tal que establece entre ellas una relación de paternidad y/o maternidad.<sup>3</sup>

### 1.2 Clases de Adopción

A su vez, el Código Civil de Vélez Sarsfield, con las modificaciones introducidas por la ley anteriormente mencionada, regulaba los tipos de adopción y los enumeraba en: plena, simple y hace referencia también a la adopción de extranjeros.

1.2.1 Adopción Plena: La sentencia de adopción plena le da al individuo un nuevo estado civil y el cual no puede ser revocado, se confiere al adoptado los apellidos de los adoptantes y los mismos derechos, obligaciones y parentesco que la filiación sanguínea y a los adoptantes los mismos derechos y obligaciones que la consanguinidad y afinidad.

Para que pueda existir es necesario que los adoptantes sean un hombre y una mujer unidos en matrimonio por lo menos cinco años, que vivan juntos y cuenten con

---

<sup>3</sup> *La Adopción.* (s.f). Wikipedia  
<https://es.wikipedia.org/wiki/Adopci%C3%B3n>

solvencia económica, de buenas costumbres, sin hijos y con medios suficientes para subsistir y proveer educación.

Según el Art 323 del Código Civil, la adopción plena es irrevocable, la misma confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, de esta manera, el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica, extinguiéndose con la misma el parentesco como así también todos sus efectos jurídicos. El adoptado tiene en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.<sup>4</sup> (Zannoni, 2010)

1.2.2 Adopción Simple: La adopción simple, por otro lado, le confiere al adoptado la posición del hijo biológico pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia biológica del adoptante.

En este tipo de adopción, los hijos adoptivos son considerados “hermanos entre sí”. O sea, este tipo de adopción crea un vínculo jurídico familiar entre el niño y el adoptante no así con la familia de este último. En la adopción simple se mantiene el vínculo con la familia de origen pero la patria potestad es ejercida por los adoptantes.<sup>5</sup> (Zannoni, 2010)

1.2.3 Adopción en el extranjero: La adopción internacional es aquella que al ser conferida, el adoptante y el adoptado tienen domicilios en Estados diferentes. El domicilio es la conexión relevante para el derecho argentino, no siendo relevante la nacionalidad de las partes.

En la Argentina, el Art. 315 del Código Civil establecía que podría ser adoptante la persona que reúna los requisitos establecidos en el código, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anteriores a la petición de la guarda. (Zannoni, 2010).

---

<sup>4</sup> Art. 323. La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico. (texto según ley 24.779.). Código Civil y Comercial. República Argentina. Editorial Zavalia. Año 2010.

<sup>5</sup> Art. 329. La adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en este Código. Código Civil y Comercial. República Argentina. Editorial Zavalia. Año 2010.

Este aspecto se mantiene en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el Art. 600.<sup>6</sup>

Esta norma trata de excluir las adopciones llevadas a cabo por extranjeros y el tráfico internacional de menores.

Por ende, la adopción internacional no podría operar en nuestro país, si el adoptado tiene su domicilio en la Argentina y el adoptante en el extranjero.

El Art. 339 disponía que la situación jurídica, los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí, se registrarán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando esta hubiera sido conferida en el extranjero.

En consecuencia para poder inscribir una adopción extranjera, el juez deberá verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley del domicilio del adoptado (Zannoni, 2010)

Pero puede darse la situación de que esa adopción sea ajustada al derecho del domicilio del adoptado, pero afecte principios de orden público argentino, por ejemplo: no respete la diferencia de dieciocho 18 años entre adoptante y adoptado en el Código de Vélez reformado, y 16 años en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en cuyo caso el juez no podrá ordenar la inscripción.

Los jueces del domicilio del adoptado tienen jurisdicción internacional para entender en el juicio de adopción si el adoptado se domicilia en el extranjero. La jurisdicción del domicilio del adoptante en el extranjero debe ser admitida también concurrentemente, siempre que la adopción se ajuste al derecho del domicilio del adoptado. En la Argentina también se puede tramitar el proceso de adopción, siempre que el adoptante tenga domicilio en ella y se respete la ley del domicilio del adoptado (Calvo Costa, 2015).

El juez argentino puede tener en cuenta las normas de conflicto del país en que el adoptado se domicilia y si ellas, por cualquier punto de conexión, conducen a la aplicación de la ley argentina, el juez argentino podrá aplicar su *lex fori* (derecho interno) si así lo hiciese el juez del domicilio del adoptado. Si este juez aplica otro

---

<sup>6</sup> Art 600. Plazo de residencia en el país e inscripción. Puede adoptar la persona que: resida permanentemente en el país por un periodo mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción, este plazo no se exige a las personas de nacionalidades argentinas o naturalizadas en el país, y que se encuentre inscrita en el registro de adoptantes.

derecho extranjero por remisión de sus normas de conflicto, deberíamos imitarlo estableciendo la solución del derecho extranjero que probablemente aplicaría.

En suma, existe concurrencia alternativa de jurisdicción internacional de adoptado y adoptante, sea que ellos se radiquen en la Argentina o fuera de ella.

El Art. 340 establecía que la adopción conferida en el extranjero de conformidad a la ley del domicilio del adoptado, podrá transformarse en el régimen de adopción plena en tanto se reúnan los requisitos establecidos en el código, debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado. Si este último fuese menor de edad, deberá intervenir el Ministerio Público de Menores (Zannoni, 2010)

Se sostiene que en materia de adopción internacional puede admitirse la jurisdicción exclusiva del domicilio del adoptado, ello en atención a que la revelación del tráfico de menores y la utilización de adopciones en Estados receptores para encubrir con apariencia legal cada ilícito, obliga a revisar los elementos atributivos de jurisdicción internacional.

El Art. 23 del Tratado de Montevideo de 1940, ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay somete la adopción a los derechos domiciliarios de las partes en cuanto sean concordantes y exige una aplicación acumulativa de los derechos civiles conectados. Tal acumulación puede conducir a la necesidad de armonizar y adaptar las soluciones dadas por los diversos derechos aplicables, si éstos resultan discordantes (De La Hoz, 2000).

La aplicación acumulativa de dos derechos conduce a un resultado material restrictivo respecto de la validez de la adopción, ya que habrá de cumplírsela con las exigencias de la ley más severa, para que la adopción resulte válida en cualquiera de los países que adoptan el criterio de conexión acumulativo (De La Hoz, 2000).

En definitiva, si analizamos la adopción en el extranjero, una opción a la que gracias a las falencias de nuestro sistema las personas recurren más y más, también conllevan todo un trámite burocrático sin fin, donde intervienen jueces nacionales, jueces extranjeros, leyes propias y foráneas. Pero lo más importante y a mi criterio es de recalcar es que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece en su Art. 2637 que al momento de efectuar el control del orden público se tiene en cuenta el Interés Superior del Niño y los vínculos estrechos del caso con la Republica, y este aspecto debería ser el más relevante, más allá de las leyes, más allá de los tratados con

otras naciones, la importancia de brindarle una familia a un niño, y la posibilidad también de concederle la oportunidad a ésta de poder tener un hijo.

Por último, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación agrega en su Art. 630 otro tipo de adopción que se denomina como “de integración”.<sup>7</sup>

### 1.3 – Evolución Histórica del Instituto

La primera norma que legisló sobre el instituto fue la ley 13.252/48, que otorgaba la adopción a quienes tuvieran 40 años u 8 años de casados, preveía un periodo de guarda de dos años y contemplaba un solo juicio para lograrla.

En el año 1971, la ley 13.252 fue reemplazada por la ley 19.134, que disminuyó tanto la edad para ser adoptante (de 40 a 35 años), como el plazo de casados (de 8 a 5 años), al mismo tiempo bajó el plazo de guarda (de 2 años a 1 año) y mantuvo la necesidad de un solo proceso para obtener la filiación adoptiva.

En el año 1997 la ley 19.134 fue cambiada por la ley 24.779, que disminuyó tanto la edad para ser adoptante (de 35 a 30 años), como el plazo de casados de 5 a 3 años, bajó el tiempo de guarda (de 1 año a 6 meses ó 1 año, según el caso) y aumentó la cantidad de procesos para lograr la adopción; mientras antes se requería solo el juicio de adopción, a partir de la vigencia de la ley 24.779 se necesitan dos procesos, el de guarda con fines de adopción y el de adopción.

Ya en el siglo XXI, en el año 2004, se dicta la ley 25.854 que crea el Registro Único de adoptantes que fue reglamentado por los decretos 383/2005, 1022/2005 y 1328/2008.

Si observamos la evolución de la legislación adoptiva vemos que: por un lado se disminuyen tanto los requisitos objetivos que se requieren a los adoptantes como el plazo de guarda con fines de adopción, al tiempo que se aumentan los números de procesos judiciales para lograr la adopción y se agregan procesos administrativos.

Estos cambios legislativos no han dado ningún resultado positivo en orden a la eficacia práctica, porque año a año crecen tanto los niños en situación de abandono, como las personas que desean adoptar y no lo logran.

---

<sup>7</sup> La Adopción de Integración será tratada y profundizada en el Capítulo 2

Así, ni la disminución de condiciones relacionadas con la edad y el estado civil de las partes, ni el aumento de trámites judiciales y administrativos que se obliga a realizar a los pretendientes adoptantes han mejorado la situación de los niños en condición de desamparo, ni han contribuido a lograr su “interés superior” de vivir en una familia.

La probada ineficacia del sistema argentino de adopción motivó que uno de los fines tenidos en cuenta en el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación sea mejorarlo.

El motivo de estas líneas es describir cuáles son las reformas propuestas al instituto en la legislación proyectada para lograr el fin propuesto, a cuyo fin expondremos seguidamente una breve síntesis de cada antecedente (Basset, 2012).

#### LEY NACIONAL N° 13.252/48

Sancionada en setiembre de 1948.

- incorpora la adopción simple (donde no se rompen los vínculos de sangre con la familia de origen).
- terminó con las inscripciones fraudulentas y el prohijamiento o las familias de crianza.

#### DECRETO / LEY NACIONAL N° 19.134/71

Sancionada en julio de 1971. Deja sin efecto la ley anterior.

- acelera los procesos de adopción,
- elimina impedimentos y restricciones hacia el adoptante y el adoptado,
- consagra la adopción plena (ruptura de los vínculos familiares de origen. Irrevocable)
- Disminuye el número de años de matrimonio,
- Modifica la edad mínima del adoptante,
- admite la adopción de más de un niño,
- otorga la adopción aún habiendo descendencia,
- reduce el plazo de guarda,
- acepta adopciones múltiples

#### DECRETO/LEY NACIONAL N° 19.216/71

Objetivo de la ley:

- amnistiaba los trámites de adopción de inscriptos fraudulentamente. Establece la amnistía general por adopciones efectuadas mediante inscripción falsa de niños

como hijos propios, siempre que en la ejecución de los hechos no se hubiere obrado con fin de lucro o con propósito de causar perjuicio.

#### LEY NACIONAL N° 24.779/97

Sancionada en febrero de 1997.

- suprime el carácter extrajudicial de la guarda, dando carácter estrictamente judicial.
- Se suprime expresamente la guarda otorgada por escritura pública u órgano administrativo
- Desdoblamiento del proceso judicial:
  - a) procedimiento judicial para la guarda pre-adoptiva
  - b) procedimiento juicio de adopción.
- brinda mayor seguridad de procedimiento
- intervención obligatoria del Defensor Público de Menores,
- se establece el Registro de Aspirantes a guarda con fines de Adopción,
- propone la creación de un Registro único de adoptantes.
- Exigencia de un tiempo mínimo de residencia en el país (5 años),
- A partir de los 18 años el adoptado tiene acceso a su expediente judicial.

#### LEY NACIONAL N° 25.854/03

Sancionada en diciembre de 2003.

- Crea el registro Único de Aspirantes a guarda con fines de adopción.
- Autoridad de Aplicación: Ministerio de Justicia de la Nación
- Las provincias, previa firma y convenios dispondrán de una terminal de enlace informático con el Registro.

#### DECRETO REGLAMENTARIO N° 383/05.

Reglamentario de la Ley 25.854

- Es el decreto el cual aprueba la ley 25.854.

#### DECRETO REGLAMENTARIO N° 1022/05

- Sustituye los Art. 1, 2 y 21 del anexo I del Decreto 383/05. Deroga el Art. 9 del Cap. V y Art. 26, 39 y 40 del mencionado decreto.

#### DECRETO REGLAMENTARIO N° 995/06

- Deroga el Art. 7 del Decreto 383/05

#### DECRETO REGLAMENTARIO N° 1328/09

- Deroga el Decreto 383/05 y sus modificatorias.

- Pese a las modificaciones anteriores, se advierten dificultades de funcionamiento en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos en particular la escasa articulación con los Registros Provinciales de naturaleza judicial, dado que no se ha logrado, pese al tiempo transcurrido, la adhesión del grueso de las Provincias Argentinas al régimen instaurado por el Decreto N° 383/05
- Este Decreto establece el modo en el que se confeccionarán las nóminas de aspirantes y simplifica los requisitos reglamentarios, teniendo en cuenta el carácter excepcional de la mención a datos personales sensibles o que afecten la intimidad de las personas.

#### LEY NACIONAL N° 26.061/05

Sancionada en el año 2005.

- El Congreso sanciona la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y Adolescentes.
- La ley establece que cuando las estrategias de revinculación familiar, ya sea con la familia de origen o de la familia ampliada, resultan poco satisfactorias o inexistentes, la autoridad local de aplicación debe solicitar a la instancia judicial competente en materia de familia otorgue la guarda con fines adoptivos de los niños en el marco de la normativa vigente en materia de adopción.

#### PROVINCIA DE BUENOS AIRES

##### LEY PROVINCIAL N° 7078/65

Sancionada en setiembre de 1965.

- Crea la Junta de Adopción de Menores, dependiente del Consejo General de la Minoridad
- Organismo Dependiente del Consejo General de Minoridad.
- Posibilitará gestiones previas a la tramitación judicial de la adopción de menores establecida por la ley Nacional 13.252.

##### DECRETO/LEY PROVINCIAL N° 10.067/83

Sancionada en el año 1983.

- Disponía todas aquellas medidas que fueran necesarias para otorgar certeza los atributos de la personalidad de los menores bajo el amparo de los jueces de menores, y lograr su más completa asistencia. En tal sentido, los Jueces de Menores podían ordenar, entre otros actos el discernimiento de la tutela, la

concesión de la guarda, inscripción del nacimiento, rectificación de partidas, obtención de documentos de identidad, habilitación de edad, autorización para viajar dentro o fuera de país, ingresar a establecimientos educativos o religiosos, o ejercer determinada actividad.

- En las causas referentes al ejercicio, suspensión ó pérdida de la patria potestad el fuero de Menores entendía en todas las acciones vinculadas a la adopción y venia supletoria de los menores amparados por el Juzgado.

LEY PROVINCIAL N° 13.298/04

DECRETO PROVINCIAL N° 300/05

Sancionada en el año 2004

Ley de “Promoción y protección integral de los derechos de los niños”

- Tiene por objeto la promoción y protección integral de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal vigente, y demás Leyes que en su consecuencia se dicten.

Dispone que se apliquen prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a todos los niños.

- Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.
- Será Autoridad de Aplicación del Sistema de Promoción y Protección Integral de los derechos del niño, creado por la Ley 13.298, el Ministerio de Desarrollo Humano.

El Estado Provincial garantiza el acceso prioritario de los niños a los planes sociales, salud, educación y ambiente sano.

Concepto de núcleo familiar: Además de los padres, se entenderá por núcleo familiar a la familia extensa y otros miembros de la comunidad que representen para el niño vínculos significativos en su desarrollo y protección.

LEY PROVINCIAL N° 13.326 /05.

Adhiere a la ley 25.854.

- La Provincia de Buenos Aires, adhiere a la Ley Nacional 25.854, que crea el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

LEY PROVINCIAL N° 13.634/06

Sancionada en el año 2006.

- Ley del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño,
- Incluye dentro del Fuero de Familia los temas vinculados a la guarda con fines de adopción, adopción, nulidad y revocación de la misma.

#### REFERENCIAS LEGISLATIVAS DE OTRAS PROVINCIAS

LEY N° 3934/08 (Pcia. de Río Negro)

Sancionada en abril de 2008.

- establece los procedimientos respecto al fuero de Familia, respecto del procedimiento especial de adopción, ordena que regirán las normas establecidas en la legislación vigente en la materia, con adecuación a las leyes Nacionales N° 24.779 y 25.854 (Registro Central de aspirantes a guarda con fines de adopción).<sup>8</sup>

Como se puede analizar, los cambios a través del tiempo del Instituto de la Adopción, su evolución en nuestra legislación ha sido significativa, aunque no puede decirse lo mismo entre el Código Civil de Vélez Sarsfield reformado y el actual.

El nuevo Código agrega dos nuevos procesos a los ya existentes, un procedimiento administrativo de adoptabilidad, un juicio de declaración de adoptabilidad, un proceso de guarda judicial preadoptiva y por último, el juicio de adopción.

Como veremos más adelante, esta suma de procedimientos, si bien buscan darle mas certeza al proceso, le resta celeridad, una de las principales problemáticas que presenta el régimen hoy en día.

---

<sup>8</sup> *Adopción en la Argentina* [Antecedentes Legislativos]. (s/f).

Texto Recuperado: (10/04/15)

<http://www.hcdiputados->

[ba.gov.ar/osl/ActividadesCentralizadas/actualizacion/CUADRO%20LEGISLATIVO%20ULTIMO.pdf](http://www.hcdiputados-ba.gov.ar/osl/ActividadesCentralizadas/actualizacion/CUADRO%20LEGISLATIVO%20ULTIMO.pdf)

*La factibilidad, utilidad y legalidad de la llamada “entrega directa” como opción en el  
Régimen de Adopción.*

## **CAPITULO 2**

## **Recepción Legislativa en el Código Civil de Vélez Sarsfield reformado y en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**

### 2.1 República Argentina

En nuestro orden jurídico existen disposiciones encaminadas a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los niños, las cuales, considerando la calidad y características específicas del niño, regulan las relaciones jurídicas con particulares o con instituciones públicas, en las que se encuentra involucrado el menor.

En virtud de este concepto se puede afirmar que existe protección para el menor; la misma tiene por objeto procurar y brindar al menor una protección integral, desde su concepción hasta que alcanza su mayoría de edad, pues tendrá como meta lograr su plena capacidad de obrar, para integrarse a la vida e interactuar socialmente. Dicha protección le permitirá alcanzar su perfeccionamiento espiritual y el progreso de su situación material. Este tipo de protección es el que se pretende garantizar al menor a través de la adopción.

#### 2.1.1- Código Civil de Vélez Sarsfield reformado.

➤ El Art. 311 de Código Civil establecía que la adopción de menores no emancipados se otorgara por sentencia judicial a instancia del adoptante. La adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado podía otorgarse cuando se trate del hijo del cónyuge del adoptante o exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial (Zannoni, 2010).

En principio, podemos observar que no existen en el Código de Vélez reformado disposiciones generales sobre el Régimen de Adopción, las cuales son incorporadas en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Los principios generales en materia de adopción cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley. Como fuente, los principios generales del derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver cuestiones que no tienen solución en la ley o en las costumbres. Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico.

Es preciso señalar, que los principios generales de adopción por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando existen lagunas normativas.

El dictado de partes generales en cada institución tiene como objeto establecer conceptos normativos que luego se especifican y señalan los principios generales a los que se debe acudir en caso de duda en la aplicación de la norma.

➤ El Art. 312 segunda parte establecía que el adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto (Zannoni, 2010).

Cuestión que se altera en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, suprimiéndose la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 18 a 16 años.

El cumplimiento de este requisito es ineludible, ya que mediante la adopción se pretende generar un vínculo paterno-filial natural, en el cual la diferencia de edad entre progenitores e hijos es condición sine qua non para establecer una relación madura en el ejercicio consciente de los roles que desempeña cada uno en la familia.

➤ Art.318.- Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.

A lo que la modificación del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación agrega: “... así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño” (Calvo Costa, 2015 p. 414).

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre estos y el o los pretendidos guardadores del niño. “Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción” (Calvo Costa, 2015 p. 414).

Así, en un sistema donde se establece como tercera forma de filiación la “voluntad procreacional”, que acepta los convenios de gestación por otro y respeta que la madre gestante entregue a su hijo a la madre social por voluntad de ambas, no puede negarse a respetar la voluntad de la madre biológica de entregar su hijo en adopción a la persona de su elección, al menos cuando exista un vínculo de afecto o parentesco.

Es de destacar que en el supuesto de la mujer gestante que entrega un niño a la madre social, no se exige que la unan lazos de afecto o parentesco, mientras en el supuesto de entrega del hijo en adopción si se requiere que existan lazos de parentesco, ya que el nuevo código elimina el parentesco por afinidad como opción para la entrega en adopción (Herrera, 2015). La cuestión es determinar cual es el lazo que se solicita para validar la entrega. Ya que siempre que no se compruebe que se esta comerciando con el menor y los adoptantes estén debidamente inscriptos en el registro, se debe respetar la voluntad materna o paterna (Medina, 2012).

Entregar a un niño con fines de adopción por lazos de afecto, o intereses culturales o religiosos no es un hecho ilícito, puesto que el “acto antijurídico” es aquel que contradice el ordenamiento jurídico, entendido este no solo como ley positiva, sino como el conjunto de normas legales y de principios jurídicos.

Muy por el contrario, la madre tiene el deber de proteger a su hijo y es en esta regla del derecho natural que encuentra fundamento su derecho a entregarlo en adopción y a quien quiera y por los motivos que ella quiera, mientras sean lícitos y no hagan peligrar al niño (Medina, 2012).

### 2.1.2 Análisis del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Como se estableció con anterioridad, el Art. 594 define a la adopción como una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

Evidentemente, el concepto no incluye a la adopción de integración ya que alude a niños que carezcan de una familia que pueda satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, y cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente no se da tal situación de desamparo.

La definición tampoco comprende a la adopción de mayores de edad, porque se refiere a niños, niñas y adolescentes y no a mayores.

Y finalmente, la conceptualización tampoco comprende a la adopción conferida en el extranjero o adopción internacional, que se rige por las leyes del lugar de su otorgamiento.

En definitiva hay que tener en cuenta que la definición del artículo 594 se dirige a conceptualizar sólo la adopción de menores de edad otorgada en la Argentina, que no sea una adopción integrativa.

De esta manera, actualmente se distinguen y regulan diferenciadamente cuatro tipos de adopción.

1. Adopción de menores, la que a su vez puede ser plena o simple.
2. Adopción de mayores, establecida en el Art. 597 Inc. a y b.
3. Adopción de integración, contemplada en la sección 4ta Art. 630 a 633
4. Adopción en el extranjero, Art. 2635 a 2638.

La ley 24.779 del año 1997 sobre adopción, establecía dos procesos para llegar a la adopción. La guarda de hecho, que dura de seis meses a un año, y el juicio de adopción, que otorga la filiación adoptiva.

El Nuevo Código agrega dos nuevos procesos a los existentes. En la legislación hay un procedimiento administrativo de adoptabilidad (Art. 607), luego un juicio de declaración de adoptabilidad (Art. 608 a 610), en tercer lugar, hay un proceso de guarda judicial preadoptiva (Art. 611 a 614), y en cuarto lugar se lleva a cabo el juicio de adopción (Art 615 a 618).

Esta cuádruplicidad procedimental busca dar certeza al procedimiento de adopción y preservar el derecho del niño de permanecer en su familia biológica, pero se considera que es muy difícil que dos procesos de declaración de adoptabilidad, un proceso de guarda preadoptiva y un juicio de adopción contribuyan a dar celeridad al instituto (Medina, 2012)

Es de aclarar que este trabajo de investigación busca utilizar la vía de la entrega directa en niños que no se encuentran en situación de abandono, solo a aquellos casos en que los progenitores se encuentran presentes y decididos a dar en adopción, simplemente se trata de dar una solución parcial a una problemática general que aqueja a muchos, padres biológicos, presuntos adoptantes, y por encima de todo, los menores. Lamentablemente para aquellos menores que ya han sido abandonados, será aplicable la normativa vigente, con las modificaciones que ha introducido el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El Art. 611 regula la guarda con fines de adopción, estableciendo la prohibición de la entrega directa mediante escritura pública o acto administrativo, con las excepciones mencionadas en el análisis del Art 318 del Código Civil de Vélez Sarsfield reformado.

El Art. 612 establece que la guarda con fines de adopción debe ser discernida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad.

El Art. 613 Elección del guardador e intervención del organismo administrativo. El juez que declaro la situación de adoptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nomina remitida por el registro de adoptantes. A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea.

Para la selección, y a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se debe tener en cuenta entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

El juez debe citar al niño cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

El Art. 614 establece que cumplidas las medidas dispuestas en el artículo anterior, el juez dicta la sentencia de guarda con fines de adopción. El plazo de guarda no puede exceder los seis meses.

Dicho plazo esta previsto para demostrar en un periodo de tiempo acotado la idoneidad de los guardadores y probar la relación entre pretensos adoptantes y niños desamparados.

En este periodo de tiempo se hace el seguimiento a la nueva familia.

El régimen de la ley 24.779 establecía en su Art. 316 del Código Civil de Vélez Sarsfield reformado que el adoptante debía tener al menor bajo su guarda por un plazo no menor de seis meses ni mayor a un año (Levy, 1997).

El Art. 614 del nuevo código disminuye ese plazo, dejando abierta la posibilidad que el plazo sea menor a los seis meses.

Considero que el plazo de seis meses es mas que suficiente para determinar las aptitudes de los guardadores, quienes están inscriptos en el registro de adopción, por lo cual se sobreentiende que tiene realizados todos los test necesarios y estudios socio ambientales requeridos en abstracto para adoptar. El período de guarda preadoptiva probara en concreto sus habilidades frente a la situación individual y especial de ese niño en particular.

El Art. 630 nos introduce la “adopción de integración”, la cual se distingue ya que siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

El adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena, todas las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado (Calvo Costa, 2015).

## 2.2- Legislación Comparada.

Siendo probablemente una de las instituciones familiares más contingentes, y, en consecuencia, más moldeables por los legisladores de cada país del mundo, la Adopción está basada, sin embargo, en la naturaleza de las cosas, pues responde, en principio, a la idea de dar un hogar a los menores que de él carecen mientras que también se cumple el deseo de paternidad de los matrimonios infértiles. Este instituto, ha satisfecho a lo largo de la historia, intereses muy variados y ha pasado por alternativas de esplendor y de ocaso.

### 2.2.1 Régimen de Adopción en Estados Unidos

#### 2.2.1.1 Concepto

La adopción se refiere al acto por el cual un adulto se convierte formalmente en el tutor de un niño e incurre en los derechos y responsabilidades de un padre biológico, por lo cual, a la conclusión del proceso formal, se habrá formado una relación legal entre el niño y el tutor.

Esta relación jurídica se traduce para el adoptado convertirse en el heredero legal del adoptante y da finalización cualquier derecho legal que existía al momento entre el niño y los padres naturales.

#### *2.2.1.2 Vías de adopción según el Régimen Vigente.*

En Estados Unidos, al momento de adoptar, uno se encuentra con dos opciones: la "adopción abierta" y "adopción cerrada". La diferencia básica entre estos dos términos es que en el caso de la adopción abierta, la madre biológica desempeña un papel muy activo en la tarea de seleccionar a los futuros padres adoptivos de su hijo que está por nacer. La misma también podría llegar a crear un vínculo de carácter informal con los padres adoptivos y posiblemente con el niño. En el caso de la adopción cerrada, la selección de los futuros padres adoptivos es llevada a cabo por la agencia de adopciones, la cual poseerá y tendrá en cuenta todos los detalles, y su vez, asegurará a ambas partes que los mismos nunca serán divulgados. En la actualidad, las adopciones abiertas son la opción más elegida por la gente.

El proceso de la adopción cerrada comenzó durante la Era Victoriana. Antes de ello, las madres biológicas, las cuales en la mayor parte de los casos eran mujeres solteras, simplemente dejaban o entregaban a sus bebés a familiares o a alguna persona que tuviera los medios necesarios como para hacerse cargo del niño/a y que viviera en su misma ciudad. Por aquel entonces, no existían leyes o procesos legales que las madres biológicas se vieran obligadas a respetar; y las mismas sencillamente escuchaban los consejos de sus familiares y seguían su intuición. La introducción de las adopciones cerradas en la sociedad dio lugar a la creación de agencias de adopción, las cuales eran las encargadas de asumir todo el control sobre el proceso de adopción. Las madres biológicas dejaban de tener cualquier clase de derecho sobre la vida del bebé que daban en adopción, durante el proceso y, debido a los valores sociales y morales de la época, eran consideradas mujeres inmorales.

Durante la década de 1940 y la de 1950, esta clase de adopciones eran consideradas como algo normal, es por ello que comenzaron a crearse una serie de normas legales destinadas a asegurar que todos los detalles concernientes al proceso de adopción deberían permanecer en el más absoluto de los secretos. No obstante, llegada la época de 1960 y la de 1970, los valores y costumbres sociales habían comenzado a cambiar y una mayor cantidad de mujeres (y de hombres) empezaban a demandar más

derechos, y la posibilidad de tomar parte en el proceso de adopción. Por otro lado, los adultos que habían sido adoptados comenzaron a insistir y a reclamar por sus derechos de saber la verdad acerca de sus historias personales. Durante las siguientes décadas, las leyes referidas a la adopción comenzaron a cambiar para poder reflejar las demandas sociales, lo cual permitió la creación del proceso de adopción conocido en la actualidad como adopción abierta.<sup>9</sup>

Es por esta razón que el principal país elegido como ejemplo en su Régimen de Adopción son los Estados Unidos. Dicho país adopta una modalidad muy diferente a la nuestra, pero de la cual a mi criterio debemos aprender.

Para poder acceder a la crianza de un niño se cumplen ciertos pasos que se encuentran implícitos, pero que son de gran importancia.

En gran parte de los casos, el estado civil, la edad, los ingresos, y la orientación sexual no son motivo de descalificación automática. No es necesario tener casa propia, tener hijos o ser joven, ni poseer dinero.

En general, los requisitos varían según el Estado como división territorial.

#### Siete pasos básicos para adoptar:

##### *1. Tomar la decisión de adoptar y ponerse en contacto con una agencia de adopción.*

Por lo general, suele transcurrir un año entre el primer contacto con la agencia y la asignación a su familia. Este tiempo depende particularmente de dos factores, en un principio, de la agencia con la cual se encuentre trabajando y por último, del Estado en el que los presuntos adoptantes vivan.

##### *2. Presentar una solicitud de adopción ante el sistema de adopción de los Estados Unidos.*

Algunos Estados, exigen que las familias sean aprobadas tanto para la crianza temporal como la adopción.

Aunque los requisitos para adoptar varíen, el proceso se suele iniciar con una capacitación previa al servicio y la presentación de dicha solicitud.

---

<sup>9</sup> *La Adopción.* (2015). Centro Nacional de adopciones.  
Texto Recuperado (10/04/15)  
[http://espanol.pregnancy-info.net/adopcion\\_e\\_infertilidad.html](http://espanol.pregnancy-info.net/adopcion_e_infertilidad.html)

En este mismo paso del proceso, los presuntos adoptantes deberán obtener: cartas de recomendación de empleadores y de personas que los conozcan., revisión de antecedentes penales por las autoridades locales, estatales y federales pertinentes, constancia de haber cumplido con el requisito de edad mínima según el Estado y por ultimo, verificación de que sus ingresos son suficientes para cubrir los gastos (cabe aclarar que los gastos mínimos asociados a la adopción suelen ser reembolsables).

**3. Completar un estudio del hogar de adopción.** Dicho estudio es realizado a posterior a la capacitación. El mismo es un documento escrito redactado por el trabajador social que incluye información básica obtenida de entrevistas con la familia de los adoptantes e información aportada por otras personas

Las entrevistas que se realizan pueden individuales o grupales en las que pueden hasta participar los hijos biológicos de los adoptantes.

El proceso del estudio de hogar no puede tardar más de 6 (seis) meses en completarse. En general, las agencias buscan maneras de aprobar familias y no descalificarlos.

Los elementos con los que debe contar los presuntos adoptantes son:

- Informe médico: examen físico de los últimos 12 meses.
- Verificación de antecedentes penales: todos los miembros del grupo familiar de los adoptantes deben presentar ante los Servicios de Protección Infantil ante la policía del Estado un formulario. Como así también la verificación de huellas dactilares por parte del FBI y la autorización por parte de la policía local. Otro requisito esencial tener residencia en el Estado en el cual pretenden adoptar, como así también serán rechazadas aquellas personas que hayan estado en prisión o abusado de niños.
- Situación financiera: se enumeran los ingresos familiares
- Referencias personales: se proporcionara nombre, domicilio y numero de teléfono de 3 a 4 personas que puedan avalar sobre los adoptantes su experiencia con niños, estabilidad matrimonial y madurez emocional
- Declaración autobiográfica
- Copias de documentos legales: que consiste en copias de licencia matrimoniales, certificado de nacimiento, decretos de divorcio.

4. *Obtener la autorización para adoptar.* Este paso se presenta a posteriormente a la solicitud de adopción y al estudio de hogar. Existe un periodo de espera, durante el cual el trabajador social terminara con la comprobación de los antecedentes y verificará toda la información que los adoptantes proporcionen.
5. *Establecer contactos durante la espera.*
6. *Recibir al niño en adopción y averiguar de que recursos post adopción dispone:*

#### Recursos post adopción

Los padres adoptivos disponen de muchos y variados servicios:

##### ➤ Crédito fiscal por adopción

El crédito fiscal por adopción permite a los padres adoptivos deducir los gastos de adopción de los impuestos federales, como por ejemplo, los cargos por adopción, las costas legales, los honorarios de abogados, los viáticos (que incluyen comidas y alojamiento cuando deba viajar) y otros gastos directamente relacionados con la adopción legal de un niño elegible.

Desde el 2003, las familias que adoptan un niño con necesidades especiales, pueden reclamar el crédito fiscal por adopción aun cuando no hayan realizado gastos por adopción. Otras familias adoptivas también pueden obtener este beneficio pero deberán documentar los gastos de adopción correspondientes.

El crédito fiscal será reembolsable para los siguientes años, es decir que el crédito fiscal lo obtiene independientemente de lo que deba o pague por impuestos por el año. Las familias que adoptaron entre el 2005 y el 2009 podrán acceder al beneficio de reembolso de crédito fiscal dado que es retroactivo hasta el 2005. Las familias que adoptaron entre 2003 y 2004 sólo podrán aprovechar en parte el crédito fiscal, pero no se beneficiarán con la porción reembolsable de dicho crédito. Las familias que adoptaron antes no se beneficiarán del crédito fiscal si no lo han obtenido aún.

##### ➤ Subsidios y asistencia financiera por adopción

El estado ofrece varios niveles de asistencia financiera por adopción como por ejemplo:

- Búsqueda en la base de datos de asistencia para la adopción por estado.

- Lista por estado de programas de asistencia para servicios de salud mental.
- Lista por estado de asistencia financiera adicional para cubrir necesidades médicas.
- Listas de servicios en la web que ayudan a localizar asistencia para atención de la salud.
- Información sobre financiamiento, préstamos y créditos fiscales por adopción.

➤ Servicios de relevo y grupos de apoyo para adopción

Servicio de relevo

Se trata de un servicio de cuidado del niño por poco tiempo para que el cuidador habitual pueda tomarse un descanso.

➤ Grupos de apoyo para padres

Los grupos de apoyo para padres ofrecen la oportunidad de relacionarse, compartir y aprender de otros padres adoptivos que experimentan o han experimentado lo mismo.

➤ Capacitación y apoyo para padres después de la adopción.

*7. Legalizar la adopción.* Una vez que el niño es adoptado, el juez con jurisdicción sobre el mismo de la adopción. conserva esa jurisdicción hasta la legalización. El trabajador social visitara a los adoptantes como mínimo una vez cada 30 días entre la asignación en adopción y la legalización. Estas visitas tiene como fin evaluar a los adoptantes y determinar si cuenta con los recursos necesarios para satisfacer las necesidades del niño

El trabajador social presenta informes escritos ante el juez, con recomendaciones especiales. La legalización por lo general se produce de 3 a 9 meses de la asignación del niño a su familia

En muchos Estados, los adoptantes deberán recurrir a un abogado para legalizar la adopción.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> *Legalizar la adopción.* (2002). Centro Nacional de Recursos para el Reclutamiento. Texto Recuperado (10/04/15)  
<http://www.adoptuskids.org/para-familias/como-adoptar/legalizar-la-adopcion>

### *2.2.1.3 La Adopción Domestica*

La adopción doméstica se refiere al hecho de adoptar un niño/a que haya nacido y viva en el mismo país que los padres adoptivos. En los Estados Unidos, a los padres adoptivos se les permite adoptar niños/as a través de agencias de adopción que presten sus servicios fuera del estado en el que éstos viven. Sin embargo, las leyes relacionadas con la adopción varían de un estado al otro, por lo cual es realmente necesario conocer cada una de las leyes y normativas que estén en vigencia en el estado en el cual esté planeando adoptar. Además, más allá de las leyes estatales, deberá lidiar y respetar las leyes federales relacionadas con los procesos de adopción.

En el caso que los padres opten por una adopción doméstica, deben elegir entre un proceso de adopción cerrado o un proceso de adopción abierto. Si se opta por una adopción abierta, elige entre recurrir a los servicios de una agencia de adopción o proceder a lo que se conoce como adopción independiente, mediante la cual los padres adoptivos se encargan de localizar a los padres biológicos que estén dispuestos a dar en adopción a un bebé por sí mismos. En algunos casos particulares, una vez que se haya encontrado a los padres en cuestión, los padres adoptivos deberán ir a una agencia de adopción y llevar a cabo lo que se conoce como "adopción identificada." La agencia se encarga de realizar un estudio local, además de brindarles asesoramiento a los padres biológicos.<sup>11</sup>

En el caso de que los padres adoptivos decidan recurrir a una agencia de adopción, tendrán la opción de acceder a una agencia privada o pública. En las agencias de adopción privadas, se fomenta y sugiere elegir el proceso de las adopciones abiertas. A pesar de que los padres adoptivos tienen muy poco que decir específicamente acerca de qué niño/a les gustaría adoptar; los padres biológicos pueden participar activamente en la búsqueda de los padres adoptivos que consideren más apropiados para su hijo/a. En la mayoría de los casos, los padres biológicos podrán establecer algún tipo de vínculo o relación con los padres adoptivos y en algunas ocasiones podrán tener un

---

<sup>11</sup> *La Adopción*. (2015). Centro Nacional de adopciones.  
Texto Recuperado (10/04/15)  
[http://espanol.pregnancy-info.net/adopcion\\_e\\_infertilidad.html](http://espanol.pregnancy-info.net/adopcion_e_infertilidad.html)

contacto limitado con su hijo/a en el futuro. No obstante, esto deberá ser acordado entre los padres adoptivos y los biológicos, y no es algo exigido por la ley.

Si la elección es una agencia pública, los trabajadores sociales se encargarán de reunir a los padres adoptivos con el niño/a. Los padres biológicos raramente se involucran en las decisiones y es por ello que probablemente nunca padres adoptivos y biológicos se lleguen a conocer. Debido a que este tipo de agencias son dirigidas por el Estado, las mismas ofrecen más seguridades y garantías. A las agencias privadas autorizadas también se les exige respetar las normativas y estándares legales para poder mantener su autorización y su licencia.<sup>12</sup>

Como se puede ver, de la diversidad de países que contemplan el Régimen de Adopción, Estados Unidos presenta, a criterio de esta autora, el sistema más organizado. Donde se dan múltiples variantes, existen niños en situación de desamparo total y aquellos donde sus progenitores deciden voluntariamente dar en adopción. La situación de los primeros es mas compleja, ya que ingresan inevitablemente al sistema y puede demandar mas tiempo en ser adoptados, pero en el segundo caso el proceso se da de manera mas simple y organizada, una conexión directa, aunque medien las agencias, entre padres biológicos y padres adoptivos, dándole no solo la posibilidad a los primeros de conocer y tener contacto, sino de elegir a los segundos.

Obviamente que la justicia no queda ajena a este proceso, el juez con jurisdicción toma conocimiento en todo momento, y como ya mencionamos antes, es la última palabra en la legalización de la adopción. Pero no actúa como agente individual, sino que se nutre de la asistencia social, y abogados los cuales llevan un control fundamental durante todo el proceso.

---

<sup>12</sup> *La Adopción.* (2015). Centro Nacional de adopciones.  
Texto Recuperado (10/04/15)  
[http://espanol.pregnancy-info.net/adopcion\\_e\\_infertilidad.html](http://espanol.pregnancy-info.net/adopcion_e_infertilidad.html)

*La factibilidad, utilidad y legalidad de la llamada “entrega directa” como opción en el  
Régimen de Adopción.*

## **CAPÍTULO 3**

### **Compatibilidad entre la redacción del Código Civil de Vélez Sarsfield reformado y el nuevo Código Civil y Comercial sobre la “entrega directa”**

La regulación legal del instituto adoptivo en la República Argentina, aquel que Vélez Sarsfield excluyó del Código Civil por considerarlo ajeno a nuestras costumbres, fue siempre objeto de permanente crítica. A tal punto que se puede afirmar que en las casi siete décadas de vigencia de los tres regímenes sucesivos de adopción no hubo momento en que no se plantearan iniciativas y proyectos de reforma.

#### 3.1 La llamada “Entrega Directa” en el Régimen de Adopción en el Código Civil de Vélez Sarsfield reformado.

Entendemos por entrega directa cuando uno de los padres biológicos concede a su hijo a otras personas para que estos lo adopten.

Es aquella institución del derecho civil mediante la cual una persona con el consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de ésta, sin intervención de autoridad administrativa, ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor (Di Lella 1997).

Esta figura tiene como elemento característico el que se constituye sin ningún tipo de formalidad y, como fue esbozado con anterioridad, sin intervención de autoridad administrativa o judicial alguna (Belluscio 2011).

La posibilidad de que los progenitores biológicos entreguen directamente en adopción a sus hijos ha sido largamente discutida en la doctrina y la jurisprudencia nacional, mientras que en la legislación ha tenido diferentes posturas.

En la ley 19.134 se aceptaba la entrega en guarda mediante escritura notarial, mientras que en el régimen de la ley 24.779 se prohibió la entrega mediante escritura pública (Levy 1997).

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se adopta una posición intermedia. Por un lado se acepta la entrega en cuando existan lazos de parentesco y por otra parte, se prohíbe toda otra entrega directa para evitar la comercialización de niños y se quita la entrega del menor a personas con las que los progenitores tengan lazos de afinidad.

Más concretamente se dispone que quede prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de esta prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. “Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción” (Zannoni, 2010 p. 214).

Se presenta una situación muy confusa entre lo que está permitido y lo que está prohibido en lo que representa la guarda de hecho, por un lado, y la entrega directa del niño por el otro.

Ciertos interrogantes claves siempre han inquietado a la práctica de la adopción: ¿Pueden los padres “elegir” los futuros padres adoptivos de su hijo? ¿Es posible el contacto directo entre familia de origen y adoptiva? ¿Cuál es el rol o función que le cabe al Registro de Adoptantes?

Es muy claro que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sigue la línea de prohibir el contacto directo entre la familia de origen con pretendidos adoptantes, pero también se es consciente que esta herramienta jurídica no es la solución para erradicar prácticas dañinas a la figura de la adopción

Es preciso reconocer que no todo contacto directo es un caso de “niño colocado”, con la consecuente vulneración de derechos que esta actitud conlleva, sino que existen casos en los cuales este vínculo responde a una relación afectiva o de parentesco previa que el juez debe analizar individualmente. (Medina 2012).

En definitiva nada impide a los padres biológicos seleccionar a quienes en el futuro serán los padres adoptivos de su hijo. Y cualquier juez, ante una entrega que se traduce en una guarda, donde se halle consolidada una relación paterno filial con un menor, por corta duración que ésta tenga, no puede negar la situación, ya sea, por el bien del menor, por respeto a los derechos de la familia guardadora y de los padres biológicos, que pueden querer y tener razones fundadas para escoger a determinados adoptantes (Medina, 2012).

Lo que se trata de explicar es que no siempre en estos casos media una transacción financiera, a pesar de que este estigma se encuentra presente en nuestro país y claramente refleja una problemática presente y real, siempre que se tome los recaudos pertinentes y se realice los controles necesarios, esta situación puede prevenirse y paralelamente dar soluciones mas que trabas al proceso (Herrera 2015).

### 3.2 El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sobre la “Entrega Directa”.

Nunca existió en nuestro país una doble regulación de la adopción, el régimen fue siempre institucional.

La ley 19.134 que le dió una concesión contractualista a los acuerdos entre adultos instrumentados por escritura pública, provenía de un sistema de adopción civil, donde convirtió al niño de ser sujeto por excelencia de la institución adoptiva, en un objeto de voluntades interesadas. Por esta razón recibió duras críticas que llevaron a su prohibición por el Art. 318 del Código Civil de Vélez en la reforma de la Ley 24779.

La solución planteada en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece en su Art. 611 que queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo así como la entrega directa en guarda por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. Queda en claro que por cualquier vía o forma jurídica o de hecho.

Los autores avanzan estableciendo que la transgresión a la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funde en la existencia de un vínculo de parentesco, no así de afinidad.

Se advierte que al correlacionar distintos documentos o fuentes, se hizo evidente la contraposición del criterio establecido en el Art. 611 con la incorporación de la facultad de delegar el ejercicio de la facultad parental en un tercero idóneo que proviene del Título VII referido a lo que hoy llamamos “patria potestad”.

Ambas soluciones son incompatibles, y por esta razón en la última versión del Art 611 se agrega como párrafo final: “Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción” (Calvo Costa, 2015 p.414).

Da la impresión de que quienes redactaron el artículo referido a la adopción tenían criterios institucionalistas diferentes de quienes consideran este contrato privado sobre el ejercicio de la responsabilidad parental, pues no se entiende de otro modo tal contradicción de principios que obligue a una salvedad semejante al final del citado Art. 611.

Podemos ver que la intención de quienes proyectaron el título sobre adopción, y en particular el carácter público de la guarda preadoptiva incompatible con la naturaleza de un contrato privado, choca en definitiva con la delegación de responsabilidades parentales regida por la autonomía de la voluntad. En efecto, es totalmente irrazonable la prohibición intentada en la necesaria intervención judicial en la guarda preadoptiva, cuando por otra parte se establece contra la normativa hoy vigente una libre delegación de responsabilidades con homologación judicial.

Volvemos a aclarar que el Nuevo Código prioriza la autonomía de la voluntad personal y respeta las conductas autorreferentes cuando no sean violatorias de la moral o las buenas costumbres (Alvarez 2012).

Por otro lado, es de notarse el supuesto de la mujer gestante que entrega el niño a la madre social, cuestión también regulada por el nuevo código. En el mismo no se le exige lazos de afecto ni parentesco entre progenitora y madre social, y en el proceso de adopción sí.

La cuestión es determinar cuál es el lazo que se solicita para validar la entrega del menor.

### 3.3 Vulneración al Derecho de Igualdad

La adopción por entrega directa es legal en prácticamente toda la Argentina, con la excepción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que la considera un delito, ya que, en muchos casos, detrás de este tipo de adopción se ocultan las falsificaciones y el intercambio de dinero, que convierten al niño en una mercancía.

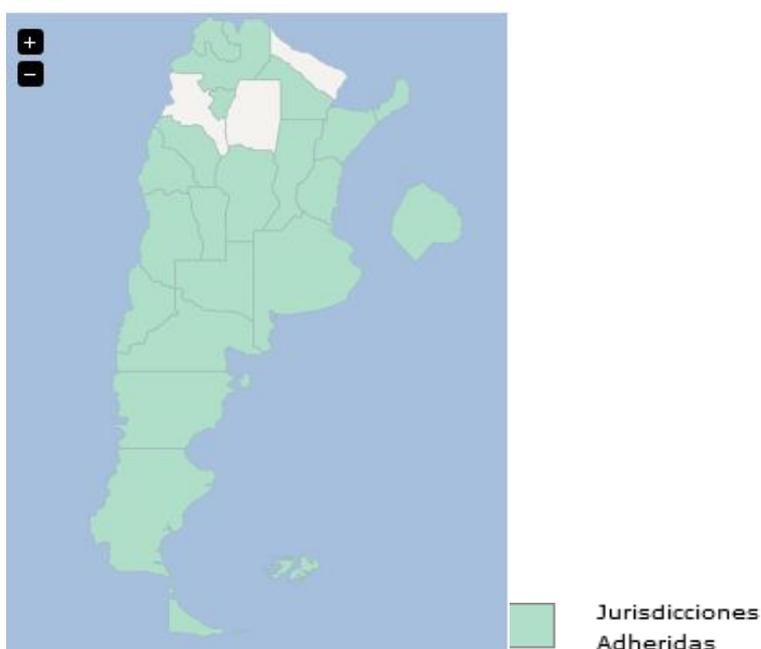
Norma Krasnapolski, psicóloga especialista en familia y adopción y docente del postgrado en Adopción de la Universidad de Buenos Aires opina que hay quienes dicen que es el equivalente a la avivada criolla de “colarse en la cola”. A su vez destaca la

participación de profesionales que se prestan a armar contactos entre madres que quieran dar a sus hijos y familias con deseo de adoptarlos a cambio de dinero.<sup>13</sup>

Por otro lado se plantea un grave problema con el Registro Único de Adoptantes (RUA), y es aquí donde se expone un dilema moral, o más bien un fundamento legal para rechazar la “entrega directa” entre aquellos que anhelan un hijo y están inscriptos, y aquellos con idénticos deseos, pero que no figuran en dicho registro.

El RUA se puso en marcha en 2005 con el fin de conformar una base de datos unificada para todo el país que contenga los nombres de las personas interesadas en adoptar. Sin embargo, como Argentina tiene un Gobierno federal, cada provincia tiene derecho a adherir o no a este registro.

Hasta ahora, el RUA cuenta con la incorporación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y todas las provincias, con excepción de la Provincia de Santiago del Estero, Catamarca y Formosa. (Ver Figura 1).<sup>14</sup>



**Figura 1:**

<sup>13</sup> Bonavento F., Echezarraga E., Torreti E., Calafat J. Adopción por entrega directa. Taller multimedia de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). (s.f.)

Texto Recuperado (10/04/15)

<http://adopcioned.blogspot.com.ar/2008/11/entrevista-norma-krasnapolsky-docente.html>. Entrevista completa a Norma Krasnapolsky Docente del postgrado en adopción de la UBA. Ver Anexo

<sup>14</sup> Jurisdicciones Adheridas. (2015). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación.

Texto Recuperado. (10/04/15)

<http://www.jus.gob.ar/registro-aspirantes-con-fines-adoptivos/jurisdicciones-adheridas.aspx>

La adhesión de una provincia a la Ley Nacional N° 25.854<sup>15</sup>, que crea la Dirección Nacional de Registro, y a su Decreto Reglamentario N° 1328/09<sup>16</sup> implica la posibilidad de acceder a un Sistema Informático de Red de Registros a cargo de la D.N.R.U.A

Algunas provincias están analizando el tema de la adhesión mientras que otras, como por ejemplo Formosa la rechazaron con el argumento de defender su autonomía. La Provincia de Córdoba recién fue adherida el 20 de Agosto del año 2014.

De esta manera, es muy difícil que un instrumento registral que lo único que hace es compilar y ordenar datos, dé respuesta a una problemática tan compleja como lo es la adopción. La operativa del RUA depende ciento por ciento del grado de adhesión de las provincias, y hasta que esto no suceda, este organismo carece de operatividad o se ve imposibilitado de cumplir su finalidad, la de ser una fuente de datos estadísticos a nivel nacional.

En relación al rechazo de esta ley por parte de algunas provincias, muchas lo hacen ya que consideran que es una idea del poder central que no responde a su problemática ni intereses.

Las provincias del sur del país en general no aceptan la inscripción de adoptantes que no sean de su jurisdicción ya que los niños que requieren familia son otorgados a los postulantes de su propia comunidad. En el oeste, si bien se encuentran en proceso de creación del RUA, tienen prioridad para los residentes de la misma provincia en que se encuentran los niños. El Litoral, por su parte, admite limitadamente la inscripción en los propios juzgados. Las provincias del norte han ido restringiendo la posibilidad de inscripción a no residentes, pero existen algunos registros únicos de adopción de reciente creación. Las provincias del centro del país tienen sus propios listados pero con criterios restrictivos.

El Registro Único de Adoptantes vuelca los datos de manera oficial, no así la mayoría de las provincias que no los integran. No se sabe nada acerca de la cantidad de chicos que están en situación de ser adoptados, ya que no existe dicho registro.

---

<sup>15</sup> Ley Nacional N° 25.854. Buenos Aires, 04/12/2003. Ver texto completo de la norma en Anexo-

<sup>16</sup> Decreto 1328/09 Guarda con fines adoptivos - Aprueba la Reglamentación de la Ley 25.854.

Según María Adela Mondelli de la Fundación Adoptar, “no hay lista de niños en condiciones de ser adoptados ni debería haberla ya que nadie, que no sea por su propia voluntad o porque haya cometido un delito, debe integrar una lista porque significa en sí mismo un acto de discriminación”. En contraposición, Cecilia Médici, Asistente Social especializada en adopción y actual Presidenta de Centro de Adopción y Familia Vivir en Capital Federal considera que debería haber un registro de niños y de hogares, y de hecho, presentó hace unos años al Congreso de la Nación un proyecto de ley para crearlo.

En la página de Internet del Poder Judicial se detalla la cantidad de niños dados en adopción por año, pero esto incluye solamente a aquellos entregados por las provincias pertenecientes al RUA, por lo cual los datos son parciales.<sup>17</sup>

De esta manera, ante un sistema claramente deficiente y un Registro de Adoptantes que en realidad no es único, es muy difícil ampararse en el derecho de los inscriptos por sobre las personas que pueda elegir la madre biológica de un niño, puesto que hasta que nuestro país no unifique criterios y se conforme un REAL Registro de Adoptantes que englobe a todas las provincias, no nos encontraremos en posición de rechazar una elección personal de cada padre a personas determinadas por sobre otras, siempre manteniéndonos en un marco de legalidad. Por esta razón, y como se vera mas adelante en la propuesta realizada por esta autora, esta problemática puede ser solucionada con la creación de registros particulares de cada provincia, donde no tenga que depender de la adhesión o no a un solo registro.

Presuponer que una mujer que entrega a su hijo en adopción vende al niño o comercia con él, es presuponer su mala fe y ésta por principio no se presume, todo lo contrario.

### 3.4 Derechos de los Progenitores e Interés Superior del Niño.

---

<sup>17</sup> Bonavento F., Echezarraga E., Torreti E., Calafat J. “Adopción por entrega directa”. Parte de la Evaluación Final de la Materia Taller multimedia de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE) (s.f)

Texto Recuperado (10/04/15)

<http://adopcioned.blogspot.com.ar/>.

Aquí existen dos aspectos que merecen revisión a la luz de la Constitución Nacional. Uno es el relativo a los requisitos previos para el otorgamiento de la guarda preadoptiva y adopción, en aquellos supuestos en los que no resulta obligatoria la citación a la familia de origen, y que enuncia que cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubiesen desentendido totalmente del mismo durante un año, o cuando el desamparo material o moral resultare evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiere sido comprobada por la autoridad judicial (Belluscio, 2011).

Estos supuestos convalidan la sustitución de la filiación de sangre sobre la base de meras suposiciones respecto del proceder de la familia, permitiendo la adopción de niños que tienen familia, sin que estos tengan oportunidad de ejercer en el marco de un debido proceso constitucional su derecho de defensa. Tanto el mencionado “desentendimiento” como la categoría del “desamparo material o moral”, constituyen un sistema harto peligroso, resabios de la derogada ley de Patronato pues, lo que puede aparecer como justificado para un juez o tribunal, puede no serlo para otro, dada la vaguedad, ambigüedad e indeterminación de estas categorías, lesionándose los Principios Constitucionales de Legalidad y Reserva (Elías, 2009).

Debido a ello, resulta esencial citar a la familia de origen para que expresen su consentimiento para la adopción. Debe tratarse de un consentimiento informado, resultado de una auténtica voluntad basada en el conocimiento no solo de las consecuencias de la determinación, sino de las alternativas existentes para la crianza del niño o niña.

En este sentido, establece la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 31 que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidaran de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velarán por que la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinaran con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

Aquí no se entiende por consentimiento informado el mero acto de “informar” como sinónimo de conocimiento de los derechos que tienen y pierden los padres al dar un hijo en adopción. Se trata de una conceptualización de la información en sentido amplio, logrando el fortalecimiento familiar, a fin que la adopción no sea la única alternativa que encuentre los padres biológicos, ante carencias de índole socioeconómicas (Grossman, 1993).

Esto significa conceder la citación no como un mero formalismo sino como una diligencia que garantice al progenitor el principio del debido proceso legal. Actuar de este modo evitará posteriores pedidos de restitución, una vez discernida la adopción y consolidados los vínculos con los adoptantes (Herrera, 2006).

Otra cuestión es si para la declaración de adoptabilidad se requiere la privación de la patria potestad. Ya entonces, en vigencia de la Ley 13.252, es criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la ley de adopción no establece que los jueces puedan crear un vínculo legal de familia entre adoptante y adoptado, contra la explícita voluntad de los progenitores del segundo que no hubieran incurrido en causa legal, judicialmente decretada, que los privara de la patria potestad. Considerando así también inaceptable, absolutamente, que por razones de mera conveniencia del menor, se autorice su adopción por un tercero contra la oposición expresa de sus padres que no han incurrido en causales de pérdida de la patria potestad.

Hace ya medio siglo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó doctrina al respecto en el caso “Rojo, Luis César s/ adopción” (CSJN Año 28/11/1949). Allí, el más alto Tribunal de la República revocó la guarda de una niña, otorgada cautelarmente por el Juez Civil de grado y confirmada por la Cámara Civil, justamente porque la madre no había contado con las garantías del debido proceso. Los fundamentos de ese fallo especifican el ejercicio del Patronato de Menores como un auxilio de la institución familiar, y no en contra de ella, estableciendo que la Patria Potestad es un derecho natural reconocido por la Constitución Nacional, cuya razón de ser se haya en el deber de los padres respecto del destino de los hijos. El Patronato del Estado sobre los menores es siempre supletorio, para afianzar y no para suplantar los vínculos de esa naturaleza.

Llegados a este punto, cobra transcendencia resaltar que en el proceso de guarda y adopción debe participar inexorablemente no solo la madre sino también el padre del

niño, quien mayormente está ausente en estos procesos, y en caso que este se oponga a la adopción, se le deberá restituir al niño, agotando las instancias de fortalecimiento familiar. Lo manifestado encuentra fundamento en el Artículo 18 de la Convención del Niño que establece la igualdad entre la madre y el padre en cuanto a derechos y obligaciones con relación a sus hijos. De modo expreso establece el Artículo 18 que, “Los Estados Partes podrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que a ambos padres tienen obligaciones comunes en lo respecta la crianza y desarrollo del niño”.

En igual sentido, la Ley 26.061<sup>18</sup>, en su Artículo 7, dispone que la madre y el padre tengan responsabilidades comunes e iguales en lo respecta a la crianza de los hijos y el derecho de participar no solo en el proceso de guarda sino también en el proceso de adopción (Kielmanovich, 2013).

Por otro lado, y rescatando el ultimo extracto del mismo Artículo 31 de la Convención sobre Derechos del Niño “...las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”, podemos interpretar la importancia que dicha Convención le da a la intervención de los padres biológicos en el proceso de la adopción, ya sea en la etapa de guarda, como en el proceso de adopción en si.

Es opinión de esta autora, y en concordancia con opiniones en el tema como la Lic. Medici, que el conocimiento y consentimiento de los padres biológicos a los padres adoptivos es un factor que refuerza el vínculo de la adopción. A tal punto de considerarse necesaria su intervención en el proceso, no solamente porque no es lo mismo “entregar un niño” al Estado, al sistema, que hacerlo a otra madre, a otra mujer, y poder transmitirles su voluntad, sino que también un niño que no se encuentra en

---

<sup>18</sup> Ley 26.061 - Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (21/10/05) Art. 7 - RESPONSABILIDAD FAMILIAR. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones

estado de abandono o desamparo material o moral, sus padres tienen el derecho a prestar consentimiento e ingerir activamente en el proceso.

Al controvertirse derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, pauta que no atiende solo a los beneficios de orden económico, social o moral, sino que debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo puede tener la decisión que se adopte.

### Posible Leading Case

Existe un caso que fue de gran trascendencia pública en la ciudad de Pergamino donde un matrimonio, que hacía 10 años estaba inscripto en el Registro de Adoptantes, se contactó, por medio de interpósitas personas, con una joven de la provincia de La Pampa que cursaba un embarazo de cuatro meses y tenía la decisión tomada de hacer nacer a su bebé y entregarlo para que lo criara otra familia. El vínculo entre esta joven y el matrimonio pergaminense se mantuvo durante el resto del embarazo y cuando la mujer pampeana estuvo en la semana 36 de la gestación, vino a parir a Pergamino. La criatura fue inscripta como hija de su madre biológica y sin filiación paterna y a los pocos días se pactó un convenio, en la Defensoría Oficial, entre la progenitora y el matrimonio en cuestión, por medio del cual se entregaba la criatura en guarda provisoria.

Posteriormente, cuando se concurre a renovar esa guarda pero ya planteando fines de adopción, tomó intervención el Juzgado de Familia de Pergamino, donde la madre biológica ratificó su voluntad de ceder la patria potestad, con preferencia a que el niño continuara en manos del mismo matrimonio. Tal planteo, el de que la progenitora seleccione a los padres adoptantes, no está permitido por la ley. Es lo que se denomina legalmente “guarda puesta”. Al advertir la asesora de Incapaces que podría tratarse de un caso de este tipo, pidió que el niño cesara la convivencia con sus actuales guardadores y que sea entregado al Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño. El juez de Familia decretó el apartamiento de la convivencia el niño con el matrimonio que ejercía la guarda de hecho, difiriendo la declaración del estado de adaptabilidad del menor.

Aquí el desacuerdo fundamental con la resolución judicial radica, ya que el interés superior del niño debió haber sido el principio rector. Es evidente que ese superior interés consiste, en este caso concreto, en seguir gozando de la familia a la que pertenece el menor desde su nacimiento, a seguir siendo feliz. Sobre todo siendo sus guardadores, personas aptas para ser adoptantes conforme dictámenes del mismo Juzgado.<sup>19</sup>

La Suprema Corte Provincial de Buenos Aires tiene dicho que el supremo interés del menor debe juzgarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias de hecho, sin dogmatismos ni preconcepciones.

Dicho fallo no ha sido expuesto en su totalidad en la sección “Anexo”, ya que todavía no ha sido publicado por el Tribunal Superior de Buenos Aires.

En definitiva y apoyando la opinión de esta autora, la justicia terminó fallando a favor de la pareja que tiene la guarda del menor de diez meses y de esta manera permitió que los guardadores pudieran volver con la criatura a la ciudad. De ahora en más se seguirá con los trámites para poder obtener la adopción definitiva.

Este tipo de casos son los que fundamentan de manera positiva la entrega directa de los menores. La importancia que conlleva que los padres biológicos sean tomados en cuenta y respetados en su decisión de entregar su hijo a determinadas personas de su elección.

Aquí no estamos hablando de una transacción monetaria, cuestión prohibida por la ley, sino a una situación que es resultado de las grandes falencias que presenta el régimen de adopción hoy en día. La falta de celeridad en el proceso de adopción termina apoyando este tipo de conductas entre los progenitores, y por sobre todo, aquellas parejas o personas solteras que desean tener un hijo. Si bien lo que se propone en este trabajo de investigación es una solución parcial a la problemática general, es un avance con la esperanza de que algún día pueda ser implementado para todos los niños en

---

<sup>19</sup> *Polémica por la entrega directa de un niño con fines de adopción: entre la ley y los efectos.* [Versión electrónica]. (2014). Diario La Opinión. Texto Recuperado (15/05/15)  
<http://www.laopinionpergamino.com.ar/locales/polemica-por-la-entrega-directa-de-un-nino-con-fines-de-adopcion-entre-la-ley-y-los-afectos>

*La factibilidad, utilidad y legalidad de la llamada “entrega directa” como opción en el Régimen de Adopción.*

situación de adopción, siempre tomando en cuenta, como se hizo en el caso antes mencionado, el Interés Superior del Niño, por sobre los intereses de las demás partes.

*La factibilidad, utilidad y legalidad de la llamada “entrega directa” como opción en el  
Régimen de Adopción.*

## **CAPITULO 4**

### **Recepción Doctrinal y Jurisprudencial sobre la “entrega directa”**

La relevancia que presenta el tratamiento de la adopción como tema central de esta investigación está orientado fundamentalmente al análisis de la jurisprudencia de los tribunales relativa a la materia comentada ya que, sin lugar a dudas, es un aspecto que se deja de lado en las memorias y textos a los que se tiene acceso, situación que no deja de ser negativa, pues no sólo la arista doctrinaria es importante, sino también el cómo los jueces y magistrados plasman la teoría en los casos reales. Para este fin es útil contar con material anexo, consistente en sentencias de distintos grados jurisdiccionales, para poder darnos cuenta de la forma como se enfrenta un tema tan trascendente en una sociedad, y poder, cualitativa y cuantitativamente, efectuar comparaciones y establecer tendencias sobre los distintos temas que se abordan, los conflictos, las instancias que más conocen de ciertas materias.

#### 4.1 Opiniones a favor

➤ A continuación se esbozara una opinión sucinta en base a una entrevista realizada a la Licenciada Cecilia Medici, dicha entrevista fue realizada como parte de la evaluación final de la materia Taller Multimedia de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE) de la carrera de Comunicación Social.

Cecilia Medici es Asistente Social especializada en adopción y actual Presidenta de Centro de Adopción y Familia Vivir, en Capital Federal.

Esta ampliamente a favor de la “entrega directa” en la adopción, siempre y cuando se respeten los medios legales, ya que considera que el contacto de los adoptantes con los padres sanguíneos contribuye a un mayor compromiso por parte de ambos progenitores, y permite a los padres adoptivos saber todo acerca del niño, niña o adolescente en cuestión, sus características, su pasado, todo aquello que permita armar el rompecabezas que significa la vida del menor.

La Licenciada Medici opina que, en países como la Argentina la entrega directa ha generado un gran comercio, lo que es verdad y que ello ha desvirtuado totalmente al instituto.

Se cuestiona en múltiples ocasiones si es común en la Argentina las adopciones ilegales, a lo que la Lic. Medici responde que legales son todas las adopciones, todas pasan por el juzgado, el tema es que no son licitas, ni éticas. En el caso del que el menor sea anotado directamente si es una adopción ilegal, lo cual es coherente, no es lo mismo darle la posibilidad a una madre de elegir los futuros padres de su hijo, a directamente que los últimos lo anoten como propio sin mediar ningún tipo de control por parte del Estado.

Según la autora, todas estas situaciones solamente demuestran que nuestro sistema fracasa como institucionalización, y esos chicos terminan en institutos de menores penales. Esta situación es la que se destaca mucha veces como un negocio. En los países subdesarrollados como la Argentina, no hay políticas de desinstitucionalización, y muchas veces se ha optado como solución forzar a las mujeres que se queden con los niños, aun a costa de que no quieren hacerlo o no cuentan con los recursos necesarios. Y en el momento de que deciden darle un mejor proyecto de vida a sus hijos, se las juzga.<sup>20</sup>

➤ Si volvemos analizar el caso de Pergamino, es inevitable resaltar que toda duración excesiva de un proceso conspira contra la efectividad de la justicia. La mayor dilación de los procedimientos podría determinar el carácter irreversible de la situación de hecho y volverse perjudicial para el interés de los niños.

El tiempo ha sido factor determinante de resoluciones que importaron la convalidación judicial de situaciones de hecho consolidadas, aun por fuera de los mecanismos legales para la constitución de una adopción. Al amparo de la satisfacción del “interés superior del niño” se han fundado decisiones que en verdad se asientan en la observancia del tiempo transcurrido genéricamente, es el reparo de eventuales daños que causaría al niño una separación frente a un tiempo extenso de guarda, lo que ha

---

<sup>20</sup> Medici, Cecilia. (2008). *Factibilidad de la Entrega Directa*. Buenos Aires, Argentina. <http://adopcioned.blogspot.com.ar/2008/11/entrevista-cecilia-mdici-asociacin.html>. Texto completo, ver Anexo.

sostenido decisiones judiciales aprobatorias, aun frente a la inexistencia de vínculos afectivos, violación de las normas del registro, etc.<sup>21</sup>

Cabe destacar que el caso radicado en la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires no ha sido publicado todavía para poder ser incluido en este trabajo, pero en base a las publicaciones periodísticas se puede extraer los datos suficientes que rustican la opinión de esta autora sobre la entrega directa, siempre y cuando, y no dejando de recalcar, que en dicho proceso intervenga la justicia como corresponde.

#### 4.2 Opinión en contra

➤ Santiago Lemos es Abogado, Director Registro Único Provincial de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

El Dr. Lemos, si bien realiza un análisis abarcativo de las reformas que presenta el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, es de destacar su opinión específica sobre la prohibición de la “entrega directa” en la adopción. Considera que dicha prohibición impide a los progenitores de proceder a dar en guarda a sus hijos por cualquier motivo, salvo que demuestren la relación de parentesco entre estos y los pretendidos adoptantes del niño.

El autor plantea que la finalidad de la prohibición es proteger al niño/a y adolescente de convertirse en objeto de negociaciones con fines lucrativos y evitar el tráfico en intermediaciones poco claras.

Como Director Registro Único Provincial de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, cree que esta reforma lograría hacer respetar a todos los inscriptos que existen en el país, personas que atraviesan por procesos de evaluación, acompañamiento y contención estatal, cuestiones que considera que no ocurren en los casos de entrega directa.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Fernández, Silvia. (2013). *Adopciones, Personas, tiempos y procesos*. [Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción, en Derecho de Familia]. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, n° 58, p83 y ss

<sup>22</sup> Lemos, Santiago. (2012). *El Sistema de Adopción*. Buenos Aires, Argentina. Diario La Opinión. <http://www.lacapital.com.ar/opinion/El-sistema-de-adopcion-20120720.html>. Texto completo, ver Anexo.

➤ Marisa Herrera. es Doctora en Derecho, UBA. Investigadora del CONICET. Profesora Adjunta de “Derecho de Familia y Sucesiones, UBA. Profesora Titular de “Derecho de Familia”, Universidad de Palermo. Vicedirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, UBA. Vicedirectora de la Maestría con orientación en Derecho Civil Constitucionalizado, Universidad de Palermo.

La Dra. Herrera presenta una posición muy firme a lo que refiere la entrega directa en la adopción, si bien no la considera ilegal, si inmoral. Sostiene que la mayoría de los jueces deforman esta facultad a su placer, utilizándola para dar niños a determinadas parejas que llevan a una mujer, por lo general careciente, para que en su presencia afirme la decisión de entregar su hijo en adopción.

La autora, considera que este acto viola no solamente los derechos de todos aquellos que se encuentran inscriptos en el Registro de Adoptantes, sino también el interés superior del niño en cuestión.<sup>23</sup>

#### 4.3 Jurisprudencia a favor

➤ Autos caratulados “NN o A., G. M. s/ Medida de Abrigo” - Exp: 2103/1. Año 2011 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial de La Matanza. <sup>24</sup>

#### Hechos

Los apelantes, la Sra. M. y el Sr. A, toman conocimiento de la existencia de la madre biológica de la niña G.M., y en consecuencia posterior en la guarda de hecho que ello produjo, solicitan la guarda con fines de adopción de la menor.

A lo largo de su relato, hacen referencia, no solo a la situación en que se encontraba la progenitora de la niña, sino también a la conducta que la pareja tuvo hacia

---

<sup>23</sup> Herrera, Marisa. (2012). *Adopción y Reforma*. Buenos Aires, Argentina. <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2012/08/2012-ADOPCION-y-reforma-MARISA-HERRERA-agosto-2012.pdf>. Texto completo, ver Anexo

<sup>24</sup> Texto Completo Ver Anexo

la misma, no sólo ocupándose de satisfacer sus necesidades básicas de vivienda y alimento, sino también los cuidados de la menor, principal preocupación de la madre biológica y en definitiva, lo que la llevo a tomar tal decisión.

Un mes posterior a hacerse cargo de la guarda de la niña, la pareja de apelantes manifiestan su situación como inscriptos en el Registro de aspirantes para Adopción, cuya carpeta denuncian como aprobada y tramitada ante el Juzgado de Familia correspondiente. Se da intervención al Servicio local de Promoción y Protección de derechos del Niño.

Tanto el Juzgado como la Asesoría interviniente se manifiestan en conocimiento del acuerdo de hecho con la madre biológica y lo irregular de su conducta, y por esta razón se acuerda que la niña permanezca con la misma hasta que se logre una audiencia.

A posterior, la Asesora de menores solicita como medida cautelar la guarda institucional de la niña a favor de alguno de los tres matrimonios inscriptos en el Registro de Aspirantes, previamente preseleccionados por la psicóloga de la Asesoría.

El Juez de grado resuelve hacer lugar a la medida peticionada, ya que considera que si bien el matrimonio pudo haber actuado de buena fe, han evadido los mecanismos institucionales para los casos de adopción.

Frente a esta medida tomada por el Juez de grado, el matrimonio primer guardador de la menor, interpone recurso de apelación solicitando la revocación de la medida cautelar, siendo concedido en relación y con efecto devolutivo.

Una vez presentado Recurso de Apelación por parte de los recurrentes, dicha Cámara resuelve por votación de mayoría: Revocar la resolución apelada en cuanto dispone la exclusión de la niña del hogar de los apelantes y ordenar su reintegro, posibilitándose con ello el status quo anterior a la medida cautelar apelada. A sus efectos y manteniendo la modalidad impuesta en la instancia de origen, el tribunal de grado deberá dar cumplimiento a la presente resolución, con intervención de la Señora Asesora de Menores e Incapaces interviniente y en labor conjunta con el Servicio Local de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes y equipo interdisciplinario del Juzgado de Familia.

## Análisis

Aquí nos encontramos ante una guarda bilateral, donde los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero cuide a su hijo, siendo una situación fáctica que carece de control jurisdiccional.

En esta situación existe una persona que por derecho propio tiene a su exclusivo cargo, cuidado y contención un niño, entregado por su madre biológica en pleno ejercicio de la patria potestad. No existe una delegación ilícita de la guarda.

Existen posiciones extremas y diametralmente opuestas sobre el fundamento de lo expuesto. Para algunos es válida la delegación de la guarda por parte de la madre biológica, bajo el sustento de ejercer un derecho derivado de la patria potestad. Otros niegan que se trate de un derecho personalísimo de la progenitora.

El fallo mencionado adopta una posición intermedia, donde la idea de la elección por la madre biológica respecto a los futuros adoptantes responde a un derecho a favor del infante, en respeto al interés superior del mismo. Se trata más bien de conciliar ambos principios, ya que se atiende fundamentalmente a las necesidades del niño, su vinculación con el grupo familiar elegido por la madre biológica, y por sobre todo el tiempo transcurrido desde la entrega.

La conducta de los recurrentes al judicializar en forma inmediata (apenas 20 días) la guarda delegada por parte de la madre biológica de G., resulta ponderable, en cuanto demuestran su interés en la normalización de la situación acaecida. No especularon con la prolongación de la guarda de hecho y su consolidación.

Sin embargo, no es ajeno a análisis el ámbito referencial de la madre biológica y la necesidad de explorar las razones de su decisión, lo cual justifica el debido contralor judicial, donde se le de audiencia a la progenitora, garantizándole su derecho de defensa con asistencia de un letrado particular o Defensor Oficial y la necesaria intervención de la Accesoría de Incapaces.

De igual manera, se insta a las partes involucradas madre biológica, primeros guardadores y actuales guardadores a aunar esfuerzos a los efectos de que la revinculación de la niña sea lo menos traumática posible, preservándose con ello su interés superior.

La necesidad de preservar la dignidad de los actuales guardadores en esta delicada misión de retornar al estado anterior, exige la mayor comprensión y delicadeza, lo cual no es ajeno a los Tribunales.

Si bien aquí se cuestiona más que todas razones de formalidad, como la prevalencia de aquellas parejas que se encontraban anotadas en el Registro con anterioridad, la lista de aspirantes a guarda con fines para adopción debe ser conciliada con las realidades y entornos.

La elección de la madre permite un diálogo franco con los futuros guardadores, sin los temores que se experimentan cuando un hijo se da a un extraño. Ello no significa desbaratar un sistema legal que todos deben defender y que traduce en una lista de espera como blanco de prueba para paciencias y agobios.

#### 4.4 Jurisprudencia en contra

➤ Autos caratulados “B. G. N. – NN. FEMENINA de G. N. B. s/ situación de abandono” - Exp. N° 109/848. Año 2005. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires.<sup>25</sup>

#### Hechos

Los autos se inician el 27/12/04 por una comunicación telefónica recibida en el tribunal de menores, proveniente del hospital General Rodríguez, de la ciudad de Mercedes, provincia de Buenos Aires, haciéndose saber que la menor G. N. B. de 17 años había ingresado a la sala de partos.

La comunicación se origina, ya que la progenitora de la menor había manifestado al Servicio Social un acuerdo con abogados para la entrega de la niña por nacer. Por esta razón, tanto la menor como la infante quedan a disposición del tribunal.

En dicho acuerdo, los padres de la menor G. N. B., se comprometen entregar al matrimonio D y P (los apelantes) el niño por nacer a fin de que tramiten la guarda y

---

<sup>25</sup> Texto Completo, ver Anexo.

posterior adopción. El acta es firmada por los progenitores de la menor, ella misma y los presuntos guardadores.

A fecha posterior, el juez cita a la menor, reciente madre, y a sus padres, como así también, a la trabajadora social del hospital que dio cuenta del ingreso de la joven madre a la guardia de ginecología del hospital.

En resumen, en dicha audiencia, la menor manifiesta que desde un principio había expresado a sus padres el deseo de entregar a su hija en adopción, ya que la misma había sido fruto de un encuentro sexual ocasional con otro menor, el cual no tenía ningún conocimiento del embarazo. Afirmación que los padres respaldan.

Dadas estas circunstancias, la madre de la menor contacta a la pareja de pretensos guardadores, quienes costearon estudios, análisis y traslados de la futura madre al hospital, como así también eligieron el nombre de la niña.

Desde el momento que entra en participación Servicios Sociales, el juez de turno se contacta con la Coordinadora de Hogares de Tránsito del Niño Jesús, y se dispone la entrega de la beba a otro matrimonio a disposición del tribunal.

Se conoce un informe que da cuenta que el matrimonio de apelantes se inscribió en el Registro de adoptantes del Tribunal el día 22/10/97, siendo dados de baja el 14/10/99 por no reinscribirse, acto que fue comunicado a la Subsecretaría de Patronato de la S.C.B.A.

La pareja expresa que la falta de reinscripción se debió a que en el momento les surgió la perspectiva de un tratamiento para lograr el embarazo, pero que nunca abandonaron el deseo de adoptar.

Previa vista al Asesor de Menores, el juez de la causa ordena la inscripción de la niña y declara el estado de abandono de la misma y en condiciones de adoptabilidad.

#### Análisis.

Este caso puede ser analizado desde varias aristas, ya que la pareja de pretensos adoptantes invoca a su favor diversas cuestiones que a continuación se detallan:

1. En primer lugar, aducen en relación a la falta de reinscripción en el Registro de aspirantes de adopción, citando jurisprudencia de la Corte de que era posible apartarse del mismo, y que ninguna ley establecía que el destino de un niño debía subordinarse a un registro y no a la libre elección de la madre.

2. Invocan el “interés superior del niño”, alegando que tomaron contacto con la madre biológica cuando estaba de 6 meses de embarazo y le prestaron su colaboración para que pudiera llegar a término. Expresaron que la progenitora y sus padres querían tener el derecho de elegir quienes se harían cargo de la niña
3. En el memorial, los apelantes se agravian de la competencia asumida por el Tribunal de Menores en el caso, ya que la misma es de excepción y no se configura una situación que pueda ser incluida en la Ley 10.067<sup>26</sup> toda vez que para ellos no existe estado de abandono o de peligro material y moral de la niña.
4. Expresan que, si bien no tomaron contacto con la beba, si lo tuvieron con la madre durante la gestación, brindándole amor de padres y conteniendo a la progenitora.

Manifiestan que no puede pasarse por alto la voluntad de la madre de la beba de entregar su hija a personas de su elección y confianza, y que las normas de procedimiento no pueden estar por encima de principios de fondo como la “libertad”, invocando la Convención Internacional de Derechos del Niño y otros Tratados Internacionales.

A todo lo anterior manifestado, la Asesora de Menores adhiere y ratifica el dictamen pronunciado.

De los agravios invocadas por los apelantes, el juez responde:

1. Que las instancias previas a la guarda preadoptiva no son un procedimiento burocrático, por el contrario, juegan un papel importante en el Registro de adoptantes.

De igual manera, si quedara alguna duda, la Ley 25.854<sup>27</sup> la zanja, dado que la misma prescribe que es requisito esencial de los peticionantes hallarse admitidos en el correspondiente registro.

El decreto 383/05<sup>28</sup> añade un aspecto no contemplado por la ley 25.854, destaca que en el caso de guardadores de hecho, ya sea q la misma sea otorgada por jueces o

---

<sup>26</sup> Ley 10.067 Patronato de Menores de la Provincia de Buenos Aires. 25/10/83. Derogada por Ley 13298. 10/7/95.

<sup>27</sup> Ley 25.854 Creación del Registro Único de Aspirantes a guarda con fines adoptivos del 6/01/2004. Congreso de la Nación Argentina.

<sup>28</sup> Decreto 383/05 Guarda con fines adoptivos. 29/04/2005. Poder Ejecutivo de la Nación.

por los progenitores, estos no quedan excluidos como aspirantes a la adopción, sino que deben inscribirse, previo al otorgamiento de la guarda judicial en el registro local.

De más esta decir, que el respeto al Registro de Adoptantes evita la discrecionalidad judicial, y permite una evaluación previa de los aspirantes desde el punto de vistas jurídico, medico, psicológico y ambiental.

Si bien el juez considera comprensibles las razones dadas por los peticionantes en cuanto a no volver a reinscribirse en el Registro de Adoptantes para intentar nuevos tratamientos de fertilización, dichas circunstancias no configuran a su criterio una excepción que justifique apartarse del sistema reglamentado.

2. El juez señala que el caso en autos es muy distinto a cualquier jurisprudencia a favor citada por los apelantes. La niña no ha estado ni un solo minuto bajo la guarda de los peticionantes, ya que el Servicio Social del Hospital no dio valor alguno al acuerdo celebrado entre los padres de la madre biológica y el matrimonio apelante.

Es a su criterio, que no existe ninguna guarda de hecho, no se da un cambio de guardadores, lo que afectaría los vínculos creados con la niña, la consiguiente afectación de su psiquis, y el citado “interés superior del niño”.

3. Refiriéndose al agravio manifestado por los apelantes en cuanto a la competencia por el Tribunal de Menores, el juez lo considera carente de sustento, puesto que es evidente que desde el momento que la menor madre no quiere hacerse cargo de la recién nacida, a tal punto que promete su entrega antes del nacimiento, no pretende verla en el hospital, y tampoco sus abuelos pretenden asumir la responsabilidad de la infante, es claro que se configura un estado de abandono, como bien fue declarado por el juez, cuya resolución se encuentra firme.

4. Bajo este punto, el Juez actuante da por sentado que el acuerdo carece de total valor jurídico, ya que infringe directamente las prohibiciones contenidas en el Art. 953 del Código Civil sobre el objeto de los actos jurídicos.

Las personas por nacer no pueden bajo ningún punto de vista ser objeto de los contratos, ya que nuestro sistema constitucional así lo indica, amén de que esta expresamente prohibido este tipo de medio de entrega en guarda en el Art. 318 de nuestro Código Civil y Comercial.

Por último, los apelantes invocan principios contenidos en Tratados Internacionales sin explicar específicamente a cuáles se refieren. De ninguno de ellos

se desprende específicamente el derecho de la madre biológica a elegir los futuros guardadores o adoptantes de un menor.

Es opinión del juez actuante, que si bien existen distintas posturas doctrinarias en cuanto a la relevancia que debe darse a la elección de la madre biológica de los futuros adoptantes, el mismo se inclina por negarle todo valor jurídico, ya que considera que tal elección roza la prohibición sobre el objeto de los contratos antes señalado, y aun siendo flexible hacia la aceptación, no encuentra en este caso ninguna circunstancia que justifique que deba tenerse en cuenta.

Por las razones antes esbozadas, se resuelve confirmar la resolución apelada.

#### 4.5 Tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

➤ Autos Caratulados: "S., C. s/ adopción". Corte Suprema de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 2 de agosto de 2005. Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>29</sup>

##### Hechos

El día 13 de Enero de 1997, en la localidad de Pigûe, provincia de Buenos Aires nace la menor C. S. Su madre, de 32 años de edad a esa fecha suscribe, en los términos del entonces vigente Art. 11 Inc. C de la Ley 19.134, un acta notarial de entrega en guarda de la niña al matrimonio de apelantes, quienes iniciaron el 11 de Febrero de 1997 el trámite de adopción.

El 4 de Julio del mismo año, la progenitora se presenta al Tribunal solicitando el reintegro de su hija.

Después de ser realizado un informe ambiental, y psicológico, prueba testifical y previo Dictamen del Asesor de Incapaces, el Tribunal de Familia de Departamento Judicial de Bahía Blanca, por mayoría, dispone hacer lugar al pedido de restitución de la menor.

De acuerdo con la parte resolutive del fallo, la restitución de la menor debía llevarse a cabo el 24 de Octubre de 1997. Esta restitución nunca se cumplió, ya que los guardadores solicitaron el cambio de fecha de la audiencia, puesto que interpondrían

---

<sup>29</sup> Texto Completo Ver Anexo.

recurso de inaplicabilidad de la ley, el cual fue declarado admisible el 10 de Noviembre de 1997. La concesión de este recurso tuvo efecto suspensivo de la resolución impugnada, es decir, la orden de restituir la niña a la madre biológica.

El Subprocurador General dictaminó el 4 de febrero de 1998 y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó la sentencia del Tribunal de Familia de Bahía Blanca que había ordenado la restitución de la menor C.S. a su madre biológica y rechazado la solicitud de adopción formulada por los guardadores de la niña, quienes interpusieron Recurso Extraordinario Federal, el cual les fue concedido.

### Análisis

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño prioriza a la familia biológica como el medio más favorable para el desarrollo del niño, esta pauta no es siempre infranqueable. De hecho, habiendo otorgado la madre biológica la guarda extrajudicial durante la vigencia de la ley 19.134 mediante un acto permitido por ese ordenamiento, es necesario considerar que aquella, en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción.

En efecto, de los informes agregados, de las declaraciones testificales y de las propias manifestaciones de la pareja apelante, resulta que desde el momento mismo que la progenitora conoció su embarazo había decidido entregar a su hija, y que este pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento, sino que viene impuesto por la presión ejercida por sus familiares, específicamente su madre, abuela materna, hoy ya fallecida.

Otro dato relevante a tener en cuenta, es que la madre biológica solo en dos oportunidades se comunicó con los guardadores para conocer a la niña, no pudiéndose concretar ninguna de las dos reuniones, y que desde ese momento no volvieron a tener ningún tipo de comunicación. Por lo cual, podemos apreciar que no existe ningún vínculo afectivo entre madre e hija.

Los informes antes mencionados revelan que la menor ocupa el lugar de hija en la familia de los guardadores y que la integración a la misma ha sido óptima

De hecho los recurrentes, impugnan la sentencia con el argumento que lo que se está garantizando constitucionalmente por medio de la incorporación de la Convención de Los Derechos del Niño es el mismo interés de éste y no su identidad biológica,

cuestión que los apelantes consideran que se ha violado, dándole más importancia al derecho de la madre de sangre y al de su familia biológica sobre la conveniencia del menor.

Al cuestionarse lo contemplado por la Convención del Niño, se ha planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de una norma contenida en un Tratado Internacional enumerado en el Art. 75 Inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

A juicio del Tribunal, esta regla jurídica de sobreponer el interés del niño por sobre cualquier otra consideración, tiene el efecto de separar conceptualmente al niño como sujeto de derecho de los intereses individuales o colectivos o de otros sujetos, incluso de los mismos padres. Es la conveniencia de la niña lo que, eventualmente, debe justificar su retorno a la familia de origen y no, al revés, que en definitiva por preservar el vínculo biológico se le genere un trauma a la misma.

Por estas razones, la sentencia dictada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se aparta de lo pautado en el Art. 3.1<sup>30</sup> y Art. 21<sup>31</sup> de la Convención de los Derechos del Niño.

Por todo lo antes mencionado, y concordante con lo expuesto por el Procurador Fiscal se resuelve declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y dejar sin

---

<sup>30</sup> Art. 3.1 -.En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Convención sobre Los Derechos del Niño. 16/10/1990.

<sup>31</sup> Art. 21 - Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiere, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante concreción de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes. Convención sobre Los Derechos del Niño. 16/10/1990

efecto el fallo apelado, disponiendo la que menor quede en guarda de sus actuales tenedores, los cónyuges apelantes.

Estándar aplicado por la Corte Suprema de Justicia:

La consideración primordial del interés de niño, que la Convención sobre Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en asuntos concernientes a menores, orienta y condiciona a toda decisión de tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No solo la Convención sobre los Derechos del Niño contempla como valor preferente el interés superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo y en relación a los procesos de adopción.

Si repasamos la totalidad del ordenamiento jurídico, considerado desde una visión integral, no existe ninguna norma positiva, ni ningún principio de derecho que prohíba a una mujer elegir, por afecto, por intereses culturales o familiares, a quien va a entregar su hijo con miras de adopción.

Los jueces deben encargarse de proteger al niño examinando si los elegidos por la madre tienen los requisitos necesarios para ser sus padres adoptivos. Son los futuros adoptantes quienes deben ser analizados, ya que ellos serán quienes educaran al niño y no la mujer que lo entregue.

La potestad que el Estado ha dado a los jueces de familia les ha sido entregada para que protejan a los niños del abandono de la violencia de sus progenitores. Pero cuando los niños no se encuentran en ninguna forma de desprotección, ni de peligro, el Estado no se encuentra legitimado para intervenir en aras del interés del menor, cuando éste no se encuentra comprometido.

Es criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la preservación del “interés superior del niño” puede alcanzarse mediante la concreta realización de un “triángulo adoptivo – afectivo”, en el cual un menor, su familia de sangre y los guardadores entablen una relación que continúe hasta su mayoría de edad.

*La factibilidad, utilidad y legalidad de la llamada “entrega directa” como opción en el  
Régimen de Adopción.*

## **CAPITULO 5**

## **CAPITULO 5: Análisis y posible solución a la problemática planteada.**

La entrada en vigencia de un nuevo código nos da la oportunidad de plantear nuevas ideas ante las problemáticas que plantea los viejos regímenes. La adopción es un instituto el cual se fue formando por así decirlo a través de los años, pero llegó un momento que resultó obsoleto ante las necesidades de la sociedad.

Muchas veces, observar y tomar en cuenta las vías utilizadas en otras legislaciones, pertenecientes a otros Estados colabora a tener una visión más amplia y objetiva.

### 5.1 Puntos destacados del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación sobre el Régimen de Adopción:

La nueva norma tiene vigencia a partir de Agosto de 2015. Reemplazó a un cuerpo legal que regía desde hace más de 140 años. Se establecieron nuevos aspectos sobre filiación, divorcio, separación de bienes, formas de contratación, pago de deudas de moneda extranjera, etc.

La norma, que consta de 2.671 artículos, divididos en seis libros, comenzó a regir a partir del 1 de Agosto de 2015.

Específicamente, en cuanto al Régimen de Adopción, se modificó los siguientes puntos:

- Se ratificó el derecho del adoptado a conocer sus orígenes, adosándosele la posibilidad de iniciar una acción autónoma para poder determinarlo.
- Se acortó el plazo incierto que proponía el proyecto de la comisión redactora.
- Se eliminó en la “guarda de hecho” el vínculo afectivo entre los progenitores y los que ostentaban ser los guardadores del niño. Ósea, se limita la guarda sólo a los parientes del menor
- Se acota la intervención del Ministerio Público y la autoridad administrativa.

- Los adoptantes deberán tener más de 25 años y una diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 16 años. La excepción estaría en el hijo del cónyuge o conviviente. (se determina quienes son considerados convivientes).
- En el caso de los matrimonios, deben realizarlo en conjunto, salvo que medie una separación de hecho, en la cual es aplicable la adopción unilateral.
- El proyecto contempla las “guardas puestas”, aquellas mediante las cuales una pareja que quiere adoptar se pone en contacto con una mujer embarazada, que por su situación precaria, estaría dispuesta a entregar el niño.
- Se crea la “adopción de integración”, mediante la cual se podrá adoptar el hijo del cónyuge o del conviviente.
- En cuanto al trámite: el proceso se inicia con una declaración de adoptabilidad que será de 30 días, prorrogable por un plazo igual por única vez.

Una vez que los adoptantes se hayan anotado en el Registro respectivo y reciban al menor, dispondrán de un plazo de 6 meses. Transcurrido ese período, se deberá comenzar el proceso de adopción frente al juez interviniente o el magistrado del lugar donde el niño viva.

Se prohíbe la entrega directa de menores mediante escritura pública.

- Los adoptantes deberán firmar una declaración donde se obliguen a permitirle al adoptado conocer sus orígenes e iniciar el trámite respectivo
- Podrá ser adoptado una persona mayor de edad cuando:
  - Sea hijo del cónyuge o conviviente
  - Si hubo posesión comprobada de estado de hijo mientras era menor de edad.
- Requisitos para obtener la adopción:
  1. El adoptante deberá tener una residencia mínima en el territorio de 5 años anteriores a la petición de la guarda, y deberá estar anotado en el Registro Único de Adoptantes. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidades argentinas o naturalizadas.
  2. Podrá ser adoptante quien haya cumplido 25 años, con la excepción de que su cónyuge o conviviente, adopte en conjunto, cumpla con ese requisito.
  3. Las personas casadas o convivientes pueden hacerlo solo si fuera conjuntamente

4. La adopción unipersonal se admite solo cuando el cónyuge o conviviente ha sido declarado incapaz y no pudiera prestar consentimiento válido, o si estuviesen separados de hecho.

  - La adopción plena será irrevocable, y que se le deberá dar preferencia a los niños o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida.
  - La adopción simple será revocable y los derechos y deberes de los padres biológicos no quedarán extinguidos, salvo la patria potestad.

#### 5.2 Propuesta personal de modificación al Régimen de Adopción.

De acuerdo a lo analizado con anterioridad y a lo largo de toda la investigación realizada, se ha formulado una propuesta de acuerdo a las necesidades que a criterio de esta autora, presentaban el Régimen de Adopción existente hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Como se explicó anteriormente, el sistema argentino es de registro, si una persona desea adoptar tiene que inscribirse en un registro de adopción, donde uno se postula como adoptante. Cuando los jueces reciben a los menores en estado de abandono y los declaran aptos para adopción, tienen que llamar a los cinco primeros que están en la lista, analizar los legajos y ver a quién se lo entrega en guarda. La problemática que se plantea es en las provincias del norte donde hay un sistema de “entrega directa”, por el cual los padres adoptantes se relacionan con la persona embarazada, se presentan con ella en el juzgado y el juez homologa esa entrega. Muchas personas toman ese camino ante las falencias de nuestro régimen de adopción, pero a su vez sustraen a estos niños del circuito del registro.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se incluyeron algunas cuestiones más legítimas, pero no todas. El niño es parte, pero sólo a partir de los diez años. Lo mismo pasa con los padres biológicos, que son parte en el procedimiento que concluye con la declaración judicial de adoptabilidad, pero que no tienen incidencia en la elección de los adoptantes.

A lo que se apunta en este trabajo de investigación es solucionar este dilema, donde la entrega directa de los niños por sus padres biológicos no sea estigmatizado y encuentre una vía legal que solo responda a mejorar la celeridad en el trámite de adopción, tomando en consideración no solo que estos niños no sean excluidos del

sistema, sino tampoco los presuntos adoptantes. Solo esta vía podrá ser aplicable a aquellos niños cuyos padres hayan tomado la decisión conciente y consensuada de darlos en adopción, lamentablemente no podemos incluir a aquellos que ya se encuentran en estado de abandono o insertos en el sistema, ya que la propuesta se encamina a darles la posibilidad a los progenitores de poder elegir el mejor futuro para sus niños.

Como se ejemplifico anteriormente, podemos aprender mucho de otros países, sobre todo de los Estados Unidos, donde se les dan gran participación a los progenitores en el proceso de adopción, sin recaer en transacciones monetarias ni en la comercialización de estos niños.

#### La Propuesta

La organización se basaría en que cada provincia posea agencias gubernamentales compuestas por asesores letrados, como así también por asistentes sociales que realicen una labor multidisciplinaria, tomando contacto con los padres biológicos desde el mismo momento que deciden dar en adopción a su hijo, esta opción mas segura y organizada no solo evitaría niños en estado de abandono, sino también la gran cantidad de abortos que se dan en la Argentina, acto que aun se considera ilegal, pero que responde a distintas causales, entre ellas embarazos adolescentes, embarazos como resultado de una violación o simplemente los que se dan en las clases mas bajas, por falta de información. En definitiva son no deseados, y un gran porcentaje de estos casos son los que terminan en este tipo de entregas por dinero, muchas veces sin el consentimiento de la madre biológica y/o en el mismo abandono del niño en cuestión.

Cada agencia publica debe poseer un registro de adoptantes perteneciente solo a esa provincia, donde a cada uno de ellos se les abrirá un expediente en el que constará: nombre, apellido, edad, vínculo que los une (en caso de ser parejas), profesión, ingresos, antecedentes penales y por supuesto, y en total coincidencia con el sistema utilizado en los Estados Unidos, un estudio exhaustivo del hogar de los presuntos adoptantes. Una vez completos los expedientes de los primeros cinco registrados en cada agencia, se le expondrá a los padres biológicos para que de manera consensuada puedan elegir entre los mismos a cual se le concederá la adopción. Cada expediente tendrá un número y en principio los padres biológicos solo conocerán por ese número

a los pretensos adoptantes, se ocultara su identidad. Posterior a la elección, los progenitores podrán saber los nombres de los adoptantes. Esto evitaría el contacto previo entre ambos y posibles transacciones económicas. En el caso de que los padres biológicos no encuentren entre los postulantes de su provincia de residencia el más apto, se podrá recurrir a los registros de otras provincias.

Claramente esta propuesta conllevará la modificación de la Ley Nacional N° 25.854 que dio origen al actual Registro Único de Adoptantes, mediante la cual se organizaría el territorio nacional, descentralizándose el mismo en registros menores (uno por cada provincia) que llevarán estas agencias del Estado, donde se anotarán solo los habitantes postulantes pertenecientes a la provincia, con el correspondiente juez de cada jurisdicción, y una posible modificación al Código Civil y Comercial de la Nación, donde se contemple esta vía, en conjunto con la ya existente.

La idea consiste que desde el momento en que los progenitores tomen conocimiento del embarazo y se encuentra decidida a la entrega en adopción del niño por nacer, o ya tengan un menor y deseen darlo en adopción, se pongan en contacto con la agencia perteneciente a su provincia donde podrá seleccionar con el asesoramiento de una asistente social sobre los posibles postulantes a ser adoptantes, en base a los expedientes confeccionados de cada uno de los mismos.

Una vez seleccionados los presuntos adoptantes, se realizará una audiencia donde participaran padres biológicos, padres adoptivos, asistentes sociales y asesores letrados de cada parte, ya que la iniciativa es implementar una “adopción abierta”, donde los progenitores podría llegar a crear un vínculo de carácter informal con los padres adoptivos y posiblemente con el niño. Este vínculo persistirá durante toda la gestación, después del nacimiento y durante la vida del menor de ser consensuado.

Una vez que el niño es adoptado, el juez con jurisdicción sobre el mismo de la adopción conserva esa jurisdicción hasta la legalización. El trabajador social visitará a los adoptantes como mínimo una vez cada 30 días entre la asignación en guarda y la legalización. Estas visitas tienen como fin evaluar a los adoptantes y determinar si cuenta con los recursos necesarios para satisfacer las necesidades del niño

El trabajador social presenta informes escritos ante el juez, con recomendaciones especiales. La guarda por lo general debe producirse de 6 a 9 meses

de la asignación del niño a su familia, y finaliza con la legalización de la adopción definitiva.

En relación al apoyo que se debe brindar a la madre en conflicto con su maternidad, considero de urgente necesidad, que en cada provincia, se proceda a la creación de ámbitos donde una madre en tal situación pueda ser escuchada, asesorada y orientada, de forma tal que se asegure que el niño que nace tenga contención social adecuada, ya sea para permanecer en forma definitiva con su familia de sangre o para ser entregado en adopción a una familia.

Como se estableció anteriormente, esta vía se presenta como una solución parcial, ante un dilema mayor. Se requiere compromiso del Estado como figura pública y como institución, garantizando los derechos de padres e hijos.

## **CONCLUSION**

A través de esta investigación he tratado de remarcar el carácter excepcional que tiene el instituto de la Adopción, no solamente como un régimen de protección a los menores, sino también pudiendo brindar a muchas familias la solución a un problema que afecta cada vez más a las personas, la posibilidad de formar una familia por las vías naturales.

No obstante, considerando los agentes que intervienen en este proceso, los regímenes de adopción siempre van a ser susceptibles de mejorar y poder adaptarse a las necesidades que la sociedad va desarrollando a lo largo del tiempo.

Hoy nos encontramos frente a un sistema lleno de falencias, ante la entrada en vigencia de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que promete desde algún punto de vista satisfacer este descontento social continuo, y que cada vez se manifiesta mas como resultado de la falta de análisis de las verdaderas problemáticas que afectan a la adopción en la Argentina, y se basa principalmente en reformular el motivo de las entregas directas y el temor al trafico de niños, del porque negarle a una madre o padre tener incidencia en la elección de los adoptantes de sus hijos. Esta claro que es necesario quitar el estigma, evitando frustraciones crónicas para quienes estando inscriptos en los registros, esperan la guarda de un menor, ya que nunca hay que perder el eje objetivo del instituto del adopción, que es el bienestar e interés superior del niño.

Es por ello, que tratar la reforma del Régimen de Adopción pone en debate cuestiones muy profundas y sensibles del derecho, y demanda tomar una clara posición ética personal y social, que deriva inevitablemente de cuestiones de política publica.

Consideramos lógico pensar que el nuevo código proyecte el respeto a la voluntad de los progenitores de poder entregar su hijo en adopción a determinada persona y no a otra, que reúna los requisitos para ser adoptante, y se ha demostrado a través de fallos de la Corte Suprema, que no responde a un objetivo comercial, sino que solo se prioriza la autonomía de la voluntad personal y el respeto por las conductas autorreferente no violatorias de la moral y las buenas costumbres. Pero es ahí donde el juez también debe desempeñar un papel fundamental, como “autoridad de control”, como tercero imparcial que vele por el bienestar del menor, y también porque no, por

los derechos de las madres y padres que de manera desinteresada en un lucro económico, y con el único objetivo de poder proporcionarle a su hijo el mejor futuro posible, puedan tener voz y voto en este acto que es dar amor.

De esta manera, muchas veces contemplar las legislaciones de otros Estados colabora a comprender una problemática y buscar la mejor solución posible. Nos abre un panorama distinto del que no sólo podemos aprender de ellos sino implementar sus técnicas, buscando la mejor vía posible para adaptarlo a nuestra realidad

Esta claro que Estados Unidos no se asemeja a la Argentina en ningún aspecto, ni económico ni social, como país desarrollado, como cultura y organización política, pero esto no significa que como Estado no exista un objetivo en común, y eso es proporcionarle a su población el mayor bienestar posible.

A lo largo de todo este trabajo se esbozó lo que es el Régimen de Adopción y lo que representa en nuestra sociedad y en el mundo, a través de legislaciones propias de cada país y de Tratados Internacionales, donde primordialmente todos los Estados confluyen en un solo anhelo, el tan renombrado Interés Superior del Niño, dándole no menos significancia también a los derechos de los progenitores.

El resultado que se busca con esta investigación es plantear una solución alterna, parcial, a las falencias que presenta el régimen, demostrar la factibilidad de la entrega directa de un niño por sus padres biológicos dentro de un margen de legalidad, tomando como referencia una modalidad utilizada en otro país donde concretamente funciona como modelo.

De más esta aclarar que a mayor seguimiento por parte de las autoridades pertinentes, menos espacio se deja para que esta vía no se convierta en una transacción económica, fruto del consenso entre partes. Es un aspecto que resulta inevitable aquí y en cualquier país y ahí será donde el Estado a través de un exhaustivo control, a través de jueces, abogados y el aporte de asistentes sociales, logren llevar este objetivo a cabo, no permitiendo este tipo de accionar, lo cual desvirtuaría el fin que se tuvo en vista desde el principio.

## **ANEXO**

### **Entrevista completa a la Licenciada Medici.**

La entrega directa no es un instituto que se ponga en práctica en todos lados, por ejemplo, en Capital Federal se prohíbe. En el resto del país está permitido. En algunas provincias la modalidad es más común que en otras. En algunas, como Misiones, hay hasta jurisprudencia a favor de la entrega directa. Yo creo que la adopción directa es fabulosa, es lo mejor que te puede pasar, que es tomar contacto con los padres sanguíneos. Siempre haciendo bien las cosas, esto permite que la madre por adopción le pueda preguntar a la madre biológica todo de la criatura: antecedentes, parto, características del niño (si ya es más grande). Esto va a decir muchas más cosas de la criatura que un legajo. Además, no es lo mismo que un juez te diga que seas madre de Juan a que la madre decida dártelo porque no lo puede criar. La fuerza, el mandato y el compromiso que tiene eso, no es lo mismo que si te lo da un juez. Una cosa es la fantasía y otra es la realidad, ya que las cosas toman color, conozco el pasado de mi hijo para que después el pueda armar el rompecabezas de su vida. En una entrega directa también lo ideal es sacar fotos. Yo estoy muy a favor de la entrega directa, sin embargo en Argentina se ha hecho un gran comercio de esto, entonces yo he empezado a tener algunos signos de interrogación porque en muchos casos se desvirtúa lo que es la entrega directa. En muchos casos hay extorsiones solapadas, relacionadas a la venta y la compra. En Argentina un alto porcentaje de la entrega directa está contaminada.

En el país hay casi 30 mil chicos en institutos que, cuando De la Rúa era presidente, entregó a las organizaciones no gubernamentales un manual que decía que el Estado gastaba 3000 pesos por mes por niño institucionalizado. La provincia de Buenos Aires hace unos 5 años tenía 11 mil niños, más del 80 por ciento de los chicos en institutos de menores penales vienen de institutos asistenciales. Esto demuestra que nuestro sistema claramente fracasa como institucionalización y esos chicos lo que hacen es, luego van a los penales de menores y después luego irán a la siguiente fase. Entonces es un negocio, no hecho a propósito, pero sí, el sistema necesita de los chicos para vivir. En los países pobres y subdesarrollados como los nuestros no hay políticas de desinstitucionalización. Cuando se ha querido desinstitucionalizar a los niños, como en

el caso de Costa Rica, lo que ha habido que hacer es crear un plan de empleo para aquellos profesionales que iban a perder su ocupación porque los niños no iban a estar más. Un estudio de la licenciada Ana María Duvanevich, que fue publicado el año pasado, y que ella se recorrió todos los penales de menores de la provincia de Buenos Aires, da cuenta que de todos los niños menores de 12 años internados podrían estar egresados la mitad con su familia de origen y la otra mitad si se trabajara con la familia extensa o fueran dados en adopción. Claro que el 50 por ciento que va con su familia de origen debería recibir ciertos apoyos económicos. Muchos padres dejan a sus niños y no vuelven, pero pasan y firman el cuadernito una vez al año, y con eso ya está cubierto que cuidan a sus hijos. Es bastante perverso el sistema. Deberían poderse dar en adopción a esos chicos. Hay una concepción muy arraigada del hecho de que no hay nada como la sangre. Por el otro lado, el juez está tranquilo cuando los niños están seguros en un orfanato y si los da en adopción va a ser cuestionado. Le es más fácil al juez retenerlo en institutos. Igual, cabe aclarar que no todos los jueces son iguales.

Se le cuestiona si muy común en Argentina las adopciones ilegales, a lo que la Lic. Medici responde que legales son todas las adopciones, todas pasan por juzgado. El tema es que no son lícitas ni éticas. Si el menor es anotado directamente sí es una adopción ilegal. Con el tema de adopción en este país hay una paranoia. Argentina, ante Naciones Unidas, es el único país que no presenta informe del tráfico de órganos ni de prostitución infantil. Buenos Aires ve mal que haya muchas adopciones, y no es malo. Si los niños necesitan una familia, es buenísimo. En Argentina muchos funcionarios son adopto-fóbicos. Es un país que tiene fobia a la adopción. En esta gestión de gobierno, además, hay muchas personas pertenecientes a algunos movimientos, que han bregado para la reivindicación de niños. Esto ha generado una confusión muy importante entre lo que es apropiación y adopción. De modo tal que hemos llegado a la grave enunciación de algunos profesionales que en este momento están diciendo que adoptar es apropiarse de una criatura. Un concepto inadecuado, equivocado y poco falto del conocimiento de lo que es adopción en el mundo. Esto sumado en la actualidad a otros grupos que son muy retrógrados y están diciendo que la adopción es el modo que las clases pudientes tienen de sacarle los chicos a las clases pobres y adoctrinarlos. Estamos en un marco muy confusional.

Por otro lado, se está difundiendo la idea de “búsqese una panza”. Panzas no existen, existen madres que no pueden criar a sus hijos y piensan en el proyecto de adopción para sus hijos. Debemos ayudarlos a tomar la decisión en forma libre, conciente, responsable y para siempre. Si ellos decidieron dar a sus hijos en adopción, ayudarlas a elaborar el duelo de ese chico dado en adopción. Eso no se trabaja en Argentina.

En Argentina hay otro grupo que está forzando muchísimo que las mujeres se queden con los niños, aún a costa de que las mujeres no quieran hacerse cargo. En Argentina muchos ven bien que una mujer aborte, y muchos ven mal que una mujer de su hijo en adopción. Es muy paradójico. Vos matas a tu hijo y está bien, das a tu hijo en adopción y no lo quisiste. Es decir, cuando elegís un proyecto de muerte para tu hijo está bien, solucionaste un problema; y cuando elegís un proyecto de vida para tu hijo, para que viva y pueda desarrollarse, está mal. Es decir, se sanciona a quien opta por la vida y se felicita a quien le dice a su hijo: Dar los datos oficiales sobre adopción sería admitir que la adopción, como está instrumentada hoy, ha fracasado y que hay que replantearse que hay que volver a otro modo. Un país cuanto más pobre es, mayor exclusión social hay, más familias debilitadas y más niños expulsados. Por lo tanto, debería haberse triplicado la cantidad de niños que van en adopción y sin embargo han bajado casi un 90 por ciento.

Según el estudio de Ana María Duvanevich, los institutos los manejan los sindicatos entonces también a veces los jueces dan determinadas órdenes y los sindicatos las sabotean. Entonces, es lucha de poder, de intereses económicos, de creencias erróneas, de un sistema enquistado, de modelos antiguos.<sup>32</sup>

### **Entrevista completa a Santiago Lemos (ABOGADO)**

Días pasados se conoció la presentación del proyecto de reforma al Código Civil y Comercial efectuada por la presidenta de la Nación, donde han trabajado renombrados juristas y académicos nacionales. Luego de varios intentos por modificar esta ley de

---

<sup>32</sup> <http://adopcioned.blogspot.com.ar/2008/11/entrevista-cecilia-mdici-asociacin.html>.

fondo se vislumbran necesidades de diversas índoles (no sólo jurídicas) de actualizar la norma que regula las relaciones interpersonales de todos los argentinos.

Muchos son los cambios que este ambicioso proyecto plantea, ante lo que orientaremos nuestro comentario a las iniciativas que modifican el sistema de adopción en nuestro país.

En general, las mismas apuntan a reconocer derechos consagrados constitucionalmente y avalados convencionalmente por la República Argentina; a receptar criterios jurisprudenciales y doctrinarios elaborados en el último tiempo al respecto; a agilizar el proceso administrativo-judicial de la adopción; y a eliminar las "guardas directas o de hecho".

Como primera y gran medida, el proyecto conceptualiza qué es la adopción. Esta definición, de carácter jurídico-política, es de vital importancia para poner un norte en relación al tema. Brindar un concepto es justamente darle un marco, y es acá donde se realiza un giro importante al reconocer a la adopción como una "institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia... cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen". Debemos pensar con esta lógica, lo primordial y lo que da sentido a este instituto es el interés del niño/a y adolescente. Esto nos lleva a reforzar lo que pregonamos: la adopción es la búsqueda de una "familia para un niño/a y adolescente" y no a la inversa.

Por otro lado, se refuerzan aspectos asumidos en diferentes convenciones internacionales tales como: el interés superior del niño/a y adolescente; el respeto por el derecho a la identidad; el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; y el derecho a conocer los orígenes del adoptado/a. Estos aspectos, más allá de su reconocimiento constitucional como derecho superior a las leyes, generan un cable a tierra local, donde todos los operadores del sistema debemos anclarnos y nunca descuidar.

Siguiendo esta línea argumental, reconociendo al niño/a y adolescente como sujeto y no como "objeto" de derecho, se plantea la necesidad de que sea parte del

proceso legal de la adopción e incluso se va más allá; ya que es requisito esencial su aceptación cuando tuviere determinada edad. Este cambio de paradigma también reconoce participación a los hijos biológicos del adoptante, al imponer al juez la obligación de escucharlos en el proceso, cuando antes era sólo una opción y no muchas veces utilizada.

También se establece un proceso de adopción ordenado, con reglas y formas bien claras. El mismo consta de tres etapas: a) declaración judicial de la situación de adoptabilidad. b) Guarda con fines de adopción. c) Juicio de adopción. El primer paso del proceso es nodular. Consiste en determinar cuando un niño/a y adolescente puede ser otorgado en guarda para luego ser adoptado/a por una familia. Es el momento en el cual se dispone que se han agotado todas las instancias de revinculación con su familia de origen o ampliada. Es una decisión trascendental del Estado, a la cual en este proyecto se le imponen plazos mucho más acotados que los actuales (se impone un plazo máximo de 6 meses). Pero debemos procurar no olvidar que siempre deben estar a favor del interés del niño/a y adolescente.

Por último, un tema fundamental: la prohibición expresa de las "guardas de hecho o directas". Dice el proyecto que "queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño". Esto significa que más allá de la decisión que libremente pueden tomar los progenitores de proceder a la entrega en guarda de su hijo/a, por los motivos que ellos determinen, se prohíbe que sean quienes "elijan" a los guardadores, salvo casos donde se demuestre la relación de parentesco o afectividad, entre éstos y los pretensos guardadores del niño.

¿Cuál es la finalidad del proyecto en este punto? Proteger al niño/a y adolescente de convertirse en objeto de negociaciones muchas veces con fines lucrativos, evitar el tráfico de estos e impedir intermediaciones poco claras. Más allá de que existen casos ajenos a los mencionados, las estadísticas y los ejemplos en todo el país, sobran para llegar a esta definición sobre la realidad de las guardas directas. No obstante, la prohibición tiene dos claras excepciones que abarcan, creemos, la totalidad de casos posibles (parentesco o relación afectiva). Por eso nos preguntamos: ¿en qué casos puede darse una entrega de un hijo/a, que no sea a algún pariente o cuando exista relación de

afecto entre los progenitores y los guardadores? La respuesta de sentido común sería que en ningún caso, por lo que consideramos que la norma es contemplativa de todas las situaciones posibles.

Comprendo que es una decisión personal, pero el Estado no puede mirar hacia otro lado y debe velar para que los derechos del niño/a y adolescente no sean vulnerados y proteger para que estos no puedan ser "objeto" de estas situaciones.

Asimismo se lograría respetar a todos los inscriptos que existen en los registros de adoptantes del país, que confían en las instituciones del Estado legítimamente erigidas que se regulan bajo principios de equidad y accesibilidad. Aspirantes que por otra parte atraviesan por procesos de evaluación, acompañamiento y contención estatal, cosa que no ocurre con los casos de "entrega directa" y que hace mucho tiempo están a la espera.

Estos son algunos de los puntos planteados por el nuevo proyecto del Código Civil. Esperemos que sea el disparador para un necesario debate parlamentario, profundo y reflexivo; ya que se sabe que viene a suplir necesidades de una "nueva" sociedad diferente a la del siglo XIX, en la que conviven diversas visiones a fin de dar un nuevo marco regulatorio a una serie de conductas sociales que el legislador no puede desatender. Confiamos que el tratamiento no se dilate en el tiempo, ya que necesitamos una nueva ley de adopción. Existe una sensación generalizada de que esta vez sí se realizará.<sup>33</sup>

### **Entrevista completa a Marisa Herrera**

Es sabido que la ley, incluso legislaciones integrales como lo es un Código Civil, no tiene el poder de evitar maniobras fraudulentas o conductas lamentablemente arraigadas y avaladas por algunos operadores jurídicos y no jurídicos que consideran que es mejor en el interés del niño y de su familia contactarse de manera directa con una mujer en situación de vulnerabilidad por razones de carencia socioeconómicas a quienes se les ofrece "entregar" a su hijo a otra familia en la cual estaría "mejor cuidado" y podría tener "una mejor vida", llevando así una decisión "no egoísta" que

---

<sup>33</sup> <http://www.lacapital.com.ar/opinion/El-sistema-de-adopcion-20120720-0013.html>

mejoraría la vida del niño y de la propia madre y su familia ya que por lo general, suele tener otros hijos.

Por ende, la reforma sigue la línea de prohibir el contacto directo entre la familia de origen –por lo general, madres solas y en estado de total vulnerabilidad- con pretensos adoptantes; pero también se es consciente que esta herramienta jurídica no es “la” solución para erradicar prácticas que tanto daño le hacen a la figura de la adopción y en definitiva, malograr la efectiva satisfacción del derecho de todo niño a vivir en familia.

El Proyecto de Modificación del Código Civil se mantiene la prohibición de la guarda de hecho al vedar expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo; pero amplía esta prohibición al disponer que se extiende a toda entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño” (Art. 611). Pero no se queda en la mera prohibición, sino que avanza al facultar a los jueces a “separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretensos guardadores del niño”. Y si de principio de realidad se trata, este es el que está presente en esta excepción, al reconocer que no todo contacto directo es un caso de “chico puesto” con la consecuente vulneración de derechos que esta actitud conlleva, sino que hay casos en los cuales este vínculo es sincero, es decir, responde a una relación afectiva o de parentesco previa que el juez debe analizar en cada caso. Esta diferenciación que se hace en el proyecto se vincula con la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental prevista en el art. 643 y que a los fines de que no se cuelen situaciones de “chicos puestos” por esta otra vía. De este modo, se alcanza una regulación integral y sistémica, en la cual se conocen cuáles son los subterfugios que se utilizan para sortearse los pasos legales para la adopción del niño y así, se pretende el debido control judicial para todas estas maniobras a los fines de lograr una intervención dentro de la ley y no fuera de ella como lo que acontece hoy en la gran mayoría de los casos.

Es por ello que la última parte del articulado en análisis, el art. 611, establece que “Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la

adopción”, siendo imprescindible el cumplimiento de los pasos procesales y de fondo que se establecen en el Título relativo a la adopción; siendo además y en definitiva, una responsabilidad del estado como garante último de los derechos de todas las personas elegir los mejores padres para un niño, por ello este paso obligado por los registros de adoptantes como un requisito esencial para adoptar un niño.

En realidad la adopción directa no es ilegal, sino inmoral, el Legislador, en la Ley de Adopción, instala el criterio de la adopción directa, con el propósito de dejarle, al Juez de Familia, libertad, para resolver situaciones puntuales, especiales, particulares en orden a la mejor administración de justicia y al Superior Interés del Niño, en casos tales como los siguientes o similares:

Debemos suponer que un papá y una mamá, fallecen juntos en un accidente. El o los hijos menores de 18 años, al quedarse sin progenitores, debería el Estado, dictar una resolución de adoptabilidad (esto es, niños que no tienen padres) y como la misma ley exige la conformación de la inscripción del que aspira a adoptar, debería el Magistrado, hacer un llamamiento al que sigue en el turno de aquel registro.

Esta opción de la adopción directa, faculta al Juez a realizar un llamamiento a la familia ampliada (tíos, hermanos mayores, abuelos, etc.) para ofrecérselos en adopción, a pesar que no están inscriptos en el registro de aspirantes, intentando no sacar al niño de su familia superviviente. Con ello, el niño podrá conservar la relación afectiva, emocional, espiritual, cultural, de consanguinidad y genética, pensando exclusivamente en el Superior Interés del Niño, al cual ese Juez está obligado a defender.

Por ello, decimos que la adopción directa no es ilegal, no está prohibida, sino que es inmoral por cuanto esa facultad, la mayoría de los jueces, las deforman a su placer, utilizándola para dar el niño a una pareja furtiva de advenedizos, que lleva a una mujer (comúnmente pobre) para que diga ante él, que ella le quiere dar su hijo a esa pareja porque no lo puede criar.

En vez de recibirlo el juez y ofrecerlo al que sigue en el turno, se lo entrega a estos advenedizos “padres” que acaban de aparecer con una onda solidaria, pero birlando el derecho de todos los que creyeron en la justicia y se anotaron en los Registro, como así también, el Superior Interés de ese Niño.

Por eso, algunos aspirantes a adoptar, hacen verdaderas excursiones buscando mujeres embarazadas que no los puedan criar.

Una de las modificaciones más festejadas, de la nueva ley de adopciones, apuntada como algo muy importante para terminar con el tráfico de bebés es que prohibía las adopciones por escritura pública, ante escribano, por cuanto de esa manera se creía impedir, que los advenedizos “padres” que llevaban una mujer (comúnmente pobre) para que diga ante él, que ella le quiere dar su hijo a esa pareja, en una maniobra que puede estar viciada de toda ilegalidad y en contra del Superior Interés del Niño.

Esto es lo que usted no sabía, y tal vez pensaba que hay que cambiar la ley, equivocación común que nos quieren hacer creer, que cambiando la ley se termina el tráfico y la trata de bebés.

Esa frase popular que dice “*Hecha la Ley hecha la trampa*” nos conducía a suponer que la trampa le hacían los delincuentes a los Jueces, hoy, sin generalizar por supuesto, podemos decir que en este concepto los abarca a los dos.<sup>34</sup>

## **JURISPRUDENCIA EN CONTRA**

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 30 días del mes de Junio de dos mil once, reunidos en la Sala de Acuerdos, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial de La Matanza, Dres. Eduardo Ángel Roberto Alonso, José Nicolás Taraborrelli y Ramón Domingo Posca para dictar pronunciamiento en los autos caratulados “NN o A., G. M. s/ Medida de Abrigo” - Exp: 2103/1, habiéndose practicado el sorteo correspondiente para el estudio y votación de la presente causa, conforme lo normado por el art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, resultó que debía observarse el siguiente orden de votación: Doctores POSCA – ALONSO - TARABORRELLI, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

### **CUESTIONES**

¿Es ajustada a derecho la resolución apelada?

---

<sup>34</sup> <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2012/08/2012-ADOPCION-y-reforma-MARISA-HERRERA-agosto-2012.pdf>

## VOTACION

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ DOCTOR RAMÓN DOMINGO POSCA dijo:

I. El caso concreto. Orden cronológico de los hechos acaecidos.

Los apelantes hacen su primer a presentación ante la jurisdicción solicitando la guarda con fines de adopción con fecha 6 de Septiembre del 2010.

Caratulado como “A., G. M. s/ Adopción. Acciones Vinculadas”. Exp:42.211, surge del mismo que los peticionantes, luego de relatar los hechos por los cuales tomaron conocimiento de la existencia de la madre biológica de la niña, y su consecuencia posterior en la guarda de hecho que ello produjo, manifiestan que “...tomando en consideración la necesidad de que la situación se encuentre plenamente en regla...” (Ver fs.13 de dichas actuaciones) solicitan la guarda con fines de adopción de la menor G. M. A. y mientras dure la sustanciación del presente, se otorgue una guarda provisoria.

En su relato, también hacen referencia a la conducta que estos tuvieron para con la progenitora. Relatan que “...nos ocupamos de buscar un lugar para alojar a la mamá biológica y a su hijo, que ésta pudiera sostener en el tiempo, estando al alcance de su situación económica, le equipamos este lugar para que pueda tener una vida digna junto a su hijo, que es su mayor preocupación, y por el cual tomó esta decisión” (ver ampliación de relato de fs.28vta/29).

Iniciado con fecha 06/09/2010, (ver sello de recepción de Receptoría General de Expedientes de fs.1vta), casi al mes de hacerse cargo de la niña (12/08/2010 – ver fs.13), manifiestan su situación como inscriptos en el Registro de Aspirantes para Adopción, cuya carpeta (legajo) denuncian como aprobada y tramitada ante el Juzgado de Familia N°4 Departamental. A los efectos del consentimiento necesario establecido por el art. 317 inc. a) del Código Civil, denuncian el domicilio actual de la Sra. E. C. A., madre biológica de G. Ante dicho petitorio, a fs.20, se resuelve dar intervención al Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de Niños y Adolescentes, conforme lo solicita la Sra. Asesora de Menores e Incapaces en base a “...gestionar las políticas necesarias con el objeto de fortalecer el vínculo de la niña con la familia de origen...” (Ver fs.19). Siendo el lo motivo de apelación por parte de los peticionantes, esta Alzada resuelve a fs.46/50 confirmar dicha providencia.

Con fecha 21 de Enero del 2011 (ver fs.1vta) se inician las presentes actuaciones, a través de las cuales toma intervención el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos de Niños y Adolescentes.

Adoptándose la medida de protección de derechos regulada por el art. 35 inc. h de la ley 13.298, Dec. Reg. 300/05, la Sra. P. expone en dicho organismo que “...es de conocimiento tanto por el Juzgado como por la Asesoría interviniente: el acuerdo de hecho con la madre de la bebe para su cuidado y su deseo de convertirse en su madre adoptiva” (ver Medida de Abrigo a fs.4). En dicha audiencia, se le comunica de la adopción de la medida, lo “irregular” de su conducta y se acuerda que la niña permanezca bajo su cuidado hasta que se logre una audiencia con el Sr. M. y la Sra. A., implementándose además una estrategia a seguir en base a la naturaleza de la medida. (Ver actuaciones de fs.2/15).

A fs.18/19 la Sra. Juez de grado subrogante decreta la legalidad de la medida de abrigo adoptada por el Servicio de Protección Local, conforme los términos de la Ley 13.298 y la Convención de los Derechos del Niño. A fs.30/33, la Sra. Asesora de Incapaces, haciendo referencia a lo particular del caso, y teniendo en cuenta lo actuado por el Servicio Local de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes (ver actuaciones de fs.23/28) y el interés superior del niño, solicita como medida cautelar en los términos del art. 232 del CPCC, la guarda institucional de la niña G. a favor de alguno de los tres matrimonios inscriptos en el registro de Aspirantes, que habían sido ya preseleccionados por la psicóloga de la asesoría Lic. Susana Caraban. A fs.41vta, el Sr. Juez de grado resuelve hacer lugar a la medida peticionada, fundando su decisión, entre otros aspectos, que “...el matrimonio guardador pudo haber actuado de buena fe o con ignorancia de las normas vigentes en la materia, han evadido los mecanismos instituidos por las autoridades provinciales para los casos de adopción por lo que convalidar dicha actuación crearía una situación de injusticia respecto de aquellos que si cumplen los pasos legales requeridos para tal efecto...” (ver fs.38); agrega que “...de esta forma tampoco se garantiza la tranquilidad futura de convivencia del pequeño, puesto que la irregularidad de la situación podría generar perjuicios para la niña” (ver fs.38); resalta que “...la corta edad de la niña de apenas unos meses no puede tenerse por consolidado la relación afectiva y/o familiar de sus actuales guardadores con la misma” (ver fs.38vta); expresa que “...corresponde inmediatamente decidir la guarda

de la infante en un ámbito familiar, como medida cautelar que asegure el superior interés del niño, sin perjuicio de aquello que en definitiva corresponda decidir sobre la voluntad expresada por la progenitora y las resoluciones necesarias para encaminar el proceso adoptivo” (ver fs.39vta); indicando finalmente que “el juez debe valorar del caso todos estos elementos, pero ponderando el superior interés del menor que atiende a su reconocimiento como persona, aceptando sus necesidades y defendiendo los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo”(ver fs.41). A fs.41vta, ordena en consecuencia la guarda provisoria de la niña G. en cabeza del matrimonio A. – S. (uno de los matrimonios preseleccionados por la psicóloga de la Asesoría), encomendándole a la Sra. Asesora de Incapaces junto al Servicio Local de Protección de Derechos del Niño, realice todas las medidas pertinentes a fin de efectivizar lo resuelto.

A fs.52 se encuentra agregada el acta de la audiencia celebrada en el SLPPDNA en donde luego de notificar a la Sra. P. lo resuelto por el Sr. Juez de grado, hacen efectiva la medida decretada. A fs.54, en dependencias de la Asesoría de Incapaces, se entrega la niña G. al matrimonio elegido, quienes son designados guardadores provisorios por el Sr. Juez de grado mediante resolución del 23 de Febrero del corriente año.

A fs.58/68vta interponen recurso de apelación el matrimonio P.- M. solicitando la revocación de la medida cautelar, siendo concedido en relación y con efecto devolutivo a fs.69. A fs.82 se radican los presentes autos ante esta Sala I. A fs. 180 se llama Autos para Sentencia. A fs.181 se practica por Secretaria el sorteo correspondiente para el orden de estudio y votación de la presente causa.

## II. La guarda de hecho y la guarda con miras a una futura adopción.

Sin perjuicio de las diferentes acepciones que la palabra guarda receipta, lo cierto es que para el caso venido a estudio, debemos centralizar aquella que se produce cuando se le entrega a una persona la custodia de un menor. Este mismo acto, muchas veces resulta de característica unilateral y otra bilateral.

Esta última resulta cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercero cuide a su hijo y es unilateral cuando éste, abandonado, es recogido por una persona quien le da contención y cuidado.

La guarda de hecho es fáctica, carece de andamiaje jurisdiccional. No decimos que es ilegal porque la ley no la prohíbe, si que carece del control jurisdiccional.

Es decir, una persona por derecho propio tiene a su exclusivo cargo y cuidado a un niño, en este caso entregado por su propia madre, en ejercicio de la patria potestad. (Doct. Art. 275 y 276 Código Civil). No hay delegación ilícita de la guarda.

El intérprete no ha coincidido en explicar la delegación de la guarda del hijo, efectuada por la madre a favor de terceros, con miras a una futura adopción.

Las posiciones extremas se fundan en diámetros opuestos. Para una corriente de opinión, es válida la delegación de la guarda por parte de la madre biológica, con sustento que ejerce un derecho derivado de la patria potestad.

En las antípodas, se sostiene que tal revelación materna carece de efectos jurídicos. Inclusive se niega que se trate de un derecho personalísimo de la madre biológica. Nos alejamos de posiciones extremas y compartimos soluciones intermedias.

Excepto situación de connivencia, participo de la idea que la elección de la madre biológica respecto a los futuros adoptantes de su hijo, constituye un derecho a favor del infante, por aplicación del principio del interés superior del niño. Es decir subordinamos para hacerlo conciliar con el interés superior del menor, la facultad que tiene la madre biológica como derivación de la patria potestad.

En este sentido compatibilizamos el ejercicio de la patria potestad y el derecho personalísimo de la madre, con el interés superior del niño.

Esta orientación hacia una definición más clara del superior interés del niño, permite a nuestro criterio, elaborar pautas concretas que den respuesta a la comprensión del principio, porque se atienden fundamentalmente las necesidades del niño, su vinculación con el grupo familiar elegido por su madre biológica, y el tiempo transcurrido desde la entrega en guarda con fines de adopción.

### III. El derecho de una madre a dar a su hijo en adopción.

Entiendo que se trata de un derecho personalísimo, realizado en ejercicio de la patria potestad. Por ser una madre en riesgo y en conflicto con la maternidad, su decisión ha sido dada en un ámbito con carencias afectivas y materiales que exigen del Estado el cumplimiento de políticas públicas que aseguren que la decisión está fundada y que al mismo tiempo se han removido los obstáculos de las causas objetivas de abandono.

El artículo 318 de la Ley de Adopción (Ley 24.779) solo prohíbe en forma expresa la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo. Esta restricción constituye una previsión frente a las voluntades débiles de las madres que “abandonan” a sus hijos cuando al mismo tiempo han sido abandonadas en situaciones donde ni siquiera pueden cargar con ellas mismas, captadas por terceras personas que ya no miran el entorno de la madre y sus carencias, al solo ver la criatura que ha dado a luz.

La autonomía de la voluntad se proyecta en todos los ámbitos de la vida, sin discriminar entre cuestiones patrimoniales o extrapatrimoniales. Constituye la libertad para tomar decisiones y elegir lícitamente, mediante conductas que además sean compatibles con el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 953 del CC). Sin embargo, reitero, el ámbito referencial de la madre y la necesidad de explorar las causas de su decisión que se relacionan con la indagación del superior interés del niño, justifican el contralor judicial a que hemos hecho referencia, con debida audiencia a la progenitora a quien se le garantizará el derecho de defensa con asistencia de letrado particular o Defensor Oficial e intervención de la Asesoría de Incapaces.

La legislación vigente en cuanto restringe la forma en que se pueda dar a un hijo en guarda con miras a una futura adopción, no prohíbe la entrega voluntaria del hijo a esos fines. Reivindicamos la intervención judicial (nota que tipifica al artículo 317 Código Civil) pero valoramos la guarda de hecho como un antecedente a tener en cuenta si ha sido otorgada sin vicios y especulaciones. Para explorar el continente la legislación provee mecanismos que habilitan las instancias administrativa y judicial.

La evolución del derecho del niño hace mérito de las relaciones biológicas como punto de vista de la verdad sobre la identidad de las personas y solamente en casos excepcionales donde ya no es posible la inserción del menor en su familia originaria, su superior interés se resuelve mediante la adopción. Inclusive en estos casos, de ser beneficioso para el infante, no se desdeña ninguna posibilidad de una integración familiar ensamblada, definiéndose inclusive desde la jurisprudencia de la Corte Suprema a la llamada adopción de integración. (“B. M.C. s/ Protección de Persona”, Causa N°:872/1 RSD: 32/06 Folio 277, Sentencia del 18 de Octubre de 2006).

El artículo 318 del Código Civil que hemos mencionado no se reproduce en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio (Comisión creada por

Decreto 685/95) cuyo artículo 648 (Guarda previa) prescribe en su segundo párrafo: "La guarda judicial no es necesaria si se acredita sumariamente una guarda de hecho por igual período, con audiencia del Ministerio Público y de los equipos técnicos que correspondan". Se refiere al plazo de guarda mínimo de un año exigido en el primer párrafo del artículo mencionado para poder luego iniciar la adopción. Esta prueba de la guarda y de la solvencia de los guardadores de hecho no debe ser confundida con la prueba de la entrega en adopción. La ley prohíbe la dación del hijo en adopción por acta notarial o administrativa. No está prohibida la guarda de hecho y todo juicio de valor al respecto debe venir del recorrido exploratorio del caso y sus expedientes.<sup>35</sup>

## **JURISPRUDENCIA A FAVOR**

### **Considerando:**

1º) Que la jueza de Primera Instancia resolvió, en la sentencia del 28 de septiembre de 2006, declarar a M.G.G., nacido el 10 de marzo de 2005, en situación de desamparo moral y material en los términos del Art. 317, Inc. a, segunda parte, del Código Civil, por parte de su progenitora Y.G., y, en virtud de ello, en estado de adoptabilidad. Dispuso, también, que, una vez firme el pronunciamiento, se requiriesen carpetas de adoptantes al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (en adelante, Registro Único), y se notificara al matrimonio B.-S. el cese de la guarda del menor que le había dado a S. el 28 de febrero del citado año. Esta guarda, concedida con arreglo al Art. 41, Inc. b, de la ley 26.061 y con carácter de medida cautelar, había tenido como propósito, según la sentencia, "garantizar el vínculo fluido con la familia de origen del niño con el fin de preservar sus lazos familiares, su identidad y lugar de procedencia". La resolución del 28 de febrero, a su turno, daba cuenta de que:

a. los profesionales del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia habían considerado la posibilidad de que M.G.G. fuese restituido a su lugar de origen mediante su inclusión en el hogar del matrimonio B.-S., a quienes habían evaluado; b. la abuela materna del menor trabajaba para estos últimos, cuidando a los cuatro hijos

---

<sup>35</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial de La Matanza, autos caratulados "NN o A., G. M. s/ Medida de Abrigo" - Exp: 2103/1. Año 2011  
<https://www.yumpu.com/es/document/view/14361213/expediente-2103-1-nn-o-a-g-m-s-medida-de-abrigo>

que tenían, mientras que el abuelo materno trabajaba con B. y c. la familia B.-S. mantenía una relación diaria con la familia materna de M.G.G. que excedía el plano laboral, por ser un vínculo de cooperación mutua entre todos sus integrantes. El mentado cese de la guarda, a su vez, se fundó en que, dado el total desinterés mostrado por la familia biológica respecto del niño, se habían agotado las posibilidades de generar la revinculación y reinserción de éste en el seno de aquélla, lo cual había constituido el objetivo perseguido mediante la guarda.

Disconforme con la sentencia reseñada, el matrimonio B.-S. dedujo recurso de apelación en procura de que fuese revocado el cese de la guarda y que ésta les fuese otorgada con vistas a la adopción de M.G.G. Después del dictamen de la señora Defensora de Menores e Incapaces, favorable al reclamo de los recurrentes, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó lo resuelto en la instancia anterior. Afirmó, en tal sentido, y no sin antes "destacar el esmero con que [B. y S.] han cuidado al menor [Y] mientras se pretendía su reinserción", que la guardadora no podía pretender que la guarda que había sido dada como medida de excepción y de estricto carácter provisional, se transformara en una guarda con fines de adopción por cuanto, para ello, debía "necesariamente encontrarse inscripta en el Registro Único [Y] (arts. 1 y 16 de la ley 25.854)", circunstancia que no se presentaba en el caso. Advirtió, al respecto, que la ley 25.854, creadora del Registro Único, estableció un sistema en el cual la autoridad de aplicación se encargaría de pronunciarse, admitiendo o denegando, la inscripción de los postulantes (Art. 1 y 8), y previó, como "requisito esencial" para obtener la guarda con fines de adopción, que los peticionarios fuesen admitidos en el registro (Art. 16). Acotó que el decreto 383/2005 dispuso que los jueces nacionales en lo civil, con competencia en asuntos de familia, desde la entrada en vigencia de ese cuerpo legal, "sólo podrán otorgar guardas con fines adoptivos a postulantes incluidos en la nómina de aspirantes admitidos del Registro [Y]" (Art. 36). En suma, si bien sostuvo que la "pauta rectora en la dilucidación de toda problemática que involucra a los menores" era el interés superior de éstos, y admitió "la trascendencia que tiene el vínculo significativo que "según resulta del informe de fs. 246/257C se ha desarrollado con esta guarda provisional", así como "la loable tarea que ha llevado a cabo el matrimonio [B.-S.] en la asistencia, protección y manutención" de M.G.G., juzgó que "de lo que aquí se trata es del cumplimiento de la ley que "también en clara protección

de los menores en una situación de tal trascendencia como la de su adopción" reguló el registro único de aspirantes para guardadores con esos estrictos fines". La Sala, por último, dejó en claro que no se expedía sobre las condiciones que el matrimonio B.-S. pudiera reunir para su admisibilidad en el Registro Único, puesto que ello era una facultad reservada a la autoridad de aplicación.

Cuadra señalar que del informe de fs. 246/257 citado por el a quo, surgen, entre otros datos, que, según lo relatado por la pareja B.-S., el menor ya había estado a su cuidado en diversas oportunidades anteriores a la concesión de la guarda, y que, con posterioridad a esto último, B. y S. resultaron los padrinos de bautismo del niño a la luz del instrumento acompañado.

Contra la decisión de la Cámara, los guardadores y la mencionada Defensora en representación de M.G.G.C dedujeron sendos recursos extraordinarios, que fueron denegados, lo cual motivó, por parte de esta última, la presentación de la queja sub. examine.

2º) Que la queja, dirigida a cuestionar el cese de la guarda y a obtener que ésta le sea dada a B.-S. con fines adoptivos, resulta procedente toda vez que, como lo indica la señora Procuradora Fiscal en el dictamen que antecede (punto III), el recurso extraordinario satisface los requisitos de admisibilidad que habilitan la apertura de esta instancia.

Por lo demás, ha tomado intervención el Defensor Oficial ante la Corte, el cual propicia el favorable acogimiento de la apelación federal.

3º) Que el Tribunal ya ha tenido oportunidad de señalar la relevancia del Registro Único. Así, en G.1551.XLII "G., H. J. y D. de G., M. E. s/ guarda preadoptiva", se hizo eco de algunos pasajes del Informe de las Comisiones de Justicia, de Legislación General y de Familia, Mujer y Minoridad, de la Cámara de Diputados de la Nación, con motivo de la presentación del Proyecto de Ley de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (luego ley 25.854), con el propósito de destacar los objetivos que, a juicio de este informe, perseguía la iniciativa: "[Y] evitar el tráfico de niños, el amiguismo en la entrega de menores en condición de adoptabilidad, el peregrinaje de los padres adoptantes por diversas circunscripciones territoriales a los fines de adoptar un niño y las deficiencias de la entidades no gubernamentales". También observó que la creación del Registro Único "será una

central de datos para facilitar el trabajo del juez de la causa", y que, para el acceso al registro, los interesados debían reunir ciertas condiciones cuyo objeto era determinar su idoneidad para hacerse cargo de niños.

Con todo, no es menos cierto que, sin mengua de lo antedicho, tampoco omitió evaluar que el tantas veces mencionado requisito de inscripción "no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues se trata, como igualmente se expresa en el Informe aludido, de 'construir un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez'" (sentencia del 19 de febrero de 2008).

4º) Que la doctrina últimamente enunciada no tiene como destino hacer de la inscripción en el Registro Único una suerte de recaudo carente de todo sentido, o sólo aplicable bajo criterios antojadizos o meramente subjetivos de los magistrados; tampoco desarticular un régimen enderezado al logro de los elevados propósitos anteriormente expresados. Antes bien, de lo que se trata es de que el requisito sea interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, vale decir, el interés superior de éste, lo cual "orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias [Y] incluyendo a esta Corte Suprema" ("S., C. s/ adopción", Fallos: 328:2870, 2881 y 2892), mayormente cuando "proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos" (ídem, págs. 2881 y 2893).

Así lo expresa, de manera terminante, la Convención sobre los Derechos del Niño, que cuenta con jerarquía constitucional (Constitución Nacional, Art. 75.22): "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (Art. 3.1), orientación que ya contaba con los antecedentes de la Declaración de los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-11-1959, principio 2). Tal como lo ha puntualizado el intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención, el Comité de los Derechos del Niño, es asunto de que los Estados Partes tomen todas las medidas necesarias "para garantizar la debida integración del principio general del interés superior del niño en

todas las disposiciones legales así como en las decisiones judiciales y administrativas y en los proyectos, programas y servicios relacionados con los niños" (Observaciones finales al informe inicial de Suriname, 2-6-2000, CRC/C/15/Add.130, párr. 28, *itálica agregada*, entre otros).

Más aún; la citada Convención no sólo vuelve sobre dicho interés en repetidas oportunidades (Art. 9.1 y 3, 18, 20.1, 37.c y 40.2.b.), sino que lo hace con una muy particular significación y alcances en la presente materia: "[I]os Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial" (Art. 21). En palabras del mencionado Comité: "cuando se prevea la adopción, 'el interés superior del niño será la consideración primordial' (Art. 21), no sólo 'una consideración primordial' (Art.3)" (Observación General N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, CRC/C/GC/7/Rev. 1, párr. 36.b).

5°) Que, en esta línea de ideas, resulta evidente que el a quo ha terminado poniendo al margen de la solución del sub *discussio* a la Convención sobre los Derechos del Niño pues, no obstante haber enunciado su principio rector, el interés superior del menor, no realizó ninguna aplicación ni consideración concreta de éste para el caso de M.G.G. En efecto, aun cuando, según se desprende de la reseña formulada al comienzo, reconoció la extensa serie de circunstancias, tan vitales como prolongadas y valiosas, que unieron al menor con el matrimonio B.-S., así como los merecimientos a que éste resultó acreedor en ese vínculo, descartó toda posibilidad de que el interés superior de M.G.G. pudiera verse alcanzado mediante la concesión al matrimonio B.-S. de la guarda del niño con vistas a su adopción, no por razones atinentes a dicho interés, sino por el solo motivo de la falta de inscripción de la pareja en el Registro Único.

Ello implicó, a la par, soslayar que, al enunciar el interés superior del menor, el Art. 3 de la citada ley 26.061 advierte que debe respetarse el "centro de vida" de aquél, esto es, el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (Inc.f), aspecto que en buena medida se corresponde con las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/112, 14-12-1990), de cuya directriz 14 se hizo eco la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto reza que "cuando no exista un

ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el 'desplazamiento' de un lugar a otro" (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002. Serie A No. 17, párr. 73).

La decisión apelada, en suma, ha olvidado que los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño "estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente" (Comité cit., Observación general N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 2003, HRI/GEN/1/ Rev. 7, párr. 12, p. 365). Es de reiterar, ciertamente, que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia queda totalmente desvirtuada si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar ("S., C. s/ adopción", cit., p. 2892).

6°) Que si bien las consideraciones que se acaban de formular conducen a que la decisión apelada deba ser revocada, no por ello cabe concluir, en el presente estado de la causa, que corresponde hacer lugar a la petición de que al matrimonio B.-S. le sea concedida la guarda con fines de adopción. El hecho de que la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño imponga, en el presente caso, que la falta de inscripción en juego no constituya por sí sólo un motivo suficiente para impedir dicha guarda si ello entraña desatender al interés superior del niño, no implica pasar por alto que, en definitiva, no se han producido hasta el presente evaluaciones comparables con las requeridas por la ley 25.854 para determinar la aptitud adoptiva de B.-S. Bien expresa la señora Procuradora Fiscal en su dictamen, que el otorgamiento de una guarda

como la indicada es un momento privilegiado de gran trascendencia socio jurídica, donde se pone en juego la efectiva vigencia de un imperativo irrenunciable, la tutela de los derechos de la infancia, lo cual requiere, según lo dispone el art. 21.a de la citada Convención en términos atinentes a la adopción pero aplicables a la faz de la mencionada guarda, contar con "toda la información pertinente y fidedigna" al respecto.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Vuelva el expediente para que, por quien corresponda, se produzcan, a la brevedad, las evaluaciones necesarias para determinar la aptitud adoptiva del matrimonio B.-S. y, fecho, se resuelva sobre la guarda con fines preadoptivos de M.G.G. atendiendo al interés superior de éste. Mientras tanto, y en el carácter con que fue concedida, se mantiene la guarda dispuesta por la jueza de Primera Instancia. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase. **RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).**

**VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY**

**Considerando:**

1º) La presente causa se inició con una protección de persona solicitada por el Defensor de menores de primera instancia debido a la información que le remitiera el Hospital D.F. Santojanni el 5 de septiembre de 2005 (conf. fojas 3/8), dando cuenta del ingreso de un menor NN de sexo masculino de seis meses de edad, en situación de riesgo con curso de bronquiolitis y requerimientos de oxígeno (conf. fojas 29/ 31).

La médica interviniente describió que el niño nacido el 10 de marzo de 2005, ingresó al nosocomio con una persona que refirió haberse quedado a su cuidado, que más tarde llegó una joven que dijo ser la madre e insistió en retirarlo de la institución con una conducta de obstrucción al accionar médico y violenta para con él (fojas 10/11). Asimismo señaló, que una vez superada la afección, quedó a cuidado de médicos y enfermeros, dado que la progenitora se había presentado un solo día en el hospital sin regresar.

Por tal situación, ingresó al programa de Amas Externas del Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia (fojas 14), lo que siguió con una amplia evaluación de los abuelos maternos, abuela y tías paternas a fin de determinar si se encontraban en condiciones de ser guardadores del niño (fojas 47).

Los informes y evaluaciones producidos arrojaron un resultado negativo, motivo por el cual se consideró la posibilidad de incluirlo en el hogar constituido por S.-B., a fin de facilitar su regreso al grupo de origen ya que ambas familias mantenían una relación diaria y de vecindad debido a que los cuatro hijos menores de la pareja eran cuidados por la abuela de M.G.G. además de existir situaciones de cooperación mutua entre todos sus integrantes (fojas 99/103).

2°) La juez de primera instancia destacó que el objetivo de la guarda efectivizada el 28 de febrero de 2006, cuando el menor contaba con 11 meses de edad, había sido garantizar un vínculo fluido con sus parientes consanguíneos, de ahí que fuese ordenada en los términos del artículo 41, inciso b) de la ley 26.061, con carácter de medida cautelar (fojas 154/163). Esto es, en forma excepcional, subsidiaria, por el más breve lapso.

Señaló luego, que una vez efectuada la entrega, la familia biológica se había desinteresado totalmente de la situación de M.G.G., lo que resultaba constatado por el hecho de que tanto su madre como su abuela se habían mudado sin dejar datos de sus nuevos domicilios.

Así las cosas, entendió que el niño se encontraba desamparado moral y materialmente por parte de la progenitora en los términos del artículo 317, inciso a) segunda parte del Código Civil (t.o. ley 24.779) y que en consecuencia correspondía declarar su estado de adoptabilidad.

El matrimonio a su cargo apeló esta decisión, oportunidad en la que solicitó que la guarda se transformase en preadoptiva (fojas 196), lo que contó con el apoyo de la Defensora de cámara (dictamen de fojas 262/267).

3°) La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dejó firme la decisión de la instancia anterior en cuanto al estricto carácter provisional y de excepción de la guarda dada al matrimonio B.-S. (Artículos 39 y 41 de la ley 26.061 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Asimismo afirmó, que dado que en esos términos había sido discernido el cargo por la señora S., no podía pretender

cambiar su objeto por el de la adopción ya que para ello debía necesariamente encontrarse inscrita en el "Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos" (Art. 1 y 16 de la ley 25.854).

Expresó, que ese requisito esencial había sido corroborado por el decreto reglamentario N° 383/2005, que establece que los jueces "sólo podrán otorgar guardas con fines adoptivos a los postulantes incluidos en la nómina de aspirantes admitidos del Registro Único de Aspirantes con fines adoptivos" (artículo 36).

En función de lo expuesto y previo invocar el interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el a quo resolvió corroborar el estado de adoptabilidad de M.G.G. y aclaró que dicha decisión no importaba desconocer la loable tarea del matrimonio B.-S. ni soslayar la trascendencia que tenía el vínculo desarrollado con ella. Empero, debía cumplirse una ley que para proteger a los menores reguló el registro único de aspirantes para guardadores.

4°) Contra dicha decisión, la Defensora de Menores de Cámara en representación de M.G.G. y los guardadores dedujeron sendos recursos extraordinarios (fojas 273/280 y 284/294) que fueron denegados, lo que motivó que la funcionaria del Ministerio Público presentara la queja bajo examen.

5°) La recurrente denunció que el órgano juzgador invocó en forma genérica la ley 25.854 y su decreto reglamentario 383/2005 sin examinar cuál era el interés superior del menor.

Destacó, que el fallo hizo referencia a la provisoriedad de las medidas que contempla la ley 26.061, con prescindencia de que el transcurso del tiempo y la ineficacia del sistema judicial, habían determinado la generación de fuertes vínculos y lazos familiares entre el matrimonio S.-B. y el niño.

Asimismo reprochó que no se respetó el centro de vida de M.G.G. violándose en el artículo 3 de la ley 26.061 que lo indica como el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

6°) Los agravios traídos por la parte recurrente en representación del menor han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso deducido, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de la norma de un tratado internacional enumerado en el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1), tal como ella ha sido interpretada por la jurisprudencia

de este Tribunal y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (artículo 14.3 de la ley 48).

El fallo recurrido es definitivo, pues resuelve en contra del interés que se aduce protegido por una norma contenida en la Constitución Nacional, el que no podrá ser revisado una vez dictado el pronunciamiento final.

7°) Los jueces que intervinieron en este pleito entendieron que la constatación del desamparo moral y material de M.G.G. por parte de la madre hacía necesaria su entrega en una guarda preadoptiva. Cabe revisar entonces, si tal decisión se apoyó en la recta interpretación de la cláusula del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño en lo que respecta a decisiones provisionales que pueden ocasionar un trauma al niño y en la muy exigente justificación que una medida de ese tipo requiere de conformidad con los precedentes de esta Corte.

En el expediente S.1801.XXXVIII "S. C. s/ adopción", fallado el 2 de agosto de 2005 (Fallos: 328:2870), voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, se consideró que la regla del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene "al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias", el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos.

Asimismo, se afirmó que en la medida que todo cambio implica un "trauma" para el niño debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

Tales reglas hermenéuticas son la que deben regir la solución del caso, sin que resulte óbice que en la causa citada la controversia se haya suscitado entre la progenitora biológica y los guardadores mientras que en la presente la familia de sangre resulta ajena al conflicto, pues en definitiva, lo que se trata de interpretar tanto en una como en otra, es el "interés superior del niño" (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) ante decisiones judiciales que, al modificar radicalmente su inserción en un determinado grupo familiar, pueden alterar su modo de vida y causarle daño.

8°) Como ya se puntualizó, la sentencia dictada en autos declaró a M.G.G. en "estado de preadoptabilidad", por entender que había sido desamparado moral y materialmente por sus progenitores. Esta decisión fue justificada en las previsiones

contenidas en el artículo 317, inciso a) del Código Civil, que alude a ese desamparo como presupuesto para el otorgamiento de la guarda sin citar previamente a los padres biológicos.

Ahora bien, cualquiera sea la interpretación que los tribunales competentes otorguen al artículo 317 antes mencionado, ella no puede incluir una regla tal que impida a los jueces llevar a cabo el balance entre el interés superior del niño y otros intereses individuales o colectivos que puedan entrar en juego y que, de acuerdo con la jurisprudencia mencionada en el considerando anterior, debe otorgar neta precedencia al primero.

En definitiva, los jueces deberán examinar, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, cuál es la decisión más favorable para el desarrollo vital del niño, tomando en cuenta todos los aspectos relevantes. Por otra parte, dado que dicho examen viene impuesto constitucionalmente, la interpretación de las cláusulas legales, tales como las contenidas en el Código Civil, debe dejar suficiente espacio para que ello pueda ser efectivamente puesto en práctica.

9º) Sin embargo, la juez de primera instancia no efectuó tal razonamiento ya que de la comprobación del abandono de M.G.G. por parte de la progenitora derivó su estado de preadoptabilidad sin hacer una evaluación en punto a las consecuencias que ello traía aparejado para la vida del niño, tal como ella estaba transcurriendo en realidad.

Dicha medida, que fue confirmada por la alzada significaba su entrega a un matrimonio distinto del formado por el de los S.-B., pues según lo aclaró el a quo, no podía acoger las pretensiones adoptivas de los guardadores en tanto no contaban con la inscripción establecida por la ley 25.854.

Ningún argumento se dio para justificar por qué la entrega a la nueva y todavía desconocida familia que adoptaría a M.G.G. sería el mejor modo de satisfacer las necesidades del niño para la formación de su personalidad, limitándose la Cámara al falaz razonamiento de que, como el funcionamiento del Registro persigue el fin genérico de beneficiar a los niños en condiciones de adopción, necesariamente alcanzaba a la situación específica de M.G.G. Sin embargo, como se dejó expresado en el ya citado caso "S. C. s/ adopción", del 2 de agosto de 2005 (Fallos: 328:2870), lo que es razonable admitir como beneficioso para el niño en general, puede no serlo para ciertos niños en particular.

10°) De todo lo dicho, puede advertirse que el a quo no cumplió con la directrices sentadas por este Tribunal, pues ratificó una declaración con trascendentes consecuencias para la vida del niño sin brindar razón alguna fundada en el mejoramiento de su situación.

Dado que el cambio de guarda (como todo cambio en el centro de vida, según lo presume el artículo 3.f de la ley 26.061) es potencialmente apto para inferir un trauma a M.G.G., debió haber justificado su resolución en que la permanencia con el matrimonio S.-B. generaría un trauma mayor, pero ninguna demostración se llevó a cabo en este sentido.

11°) Por todo lo expuesto, la sentencia apelada ha desconocido la regla constitucional según la cual, en decisiones que pueden afectar al niño, debe darse precedencia a su interés superior (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el artículo 75.22 de la Constitución Nacional y contemplada en nuestra legislación interna en el artículo 3, inciso f, de la ley 26.061).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. **CARMEN M. ARGIBAY.**

Recurso de hecho interpuesto por María Ernestina Storni, Defensora Pública de Menores e Incapaces interina ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, por la representación del menor M.G.G. Tribunal de origen: Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional en lo Civil N° 106. <sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> CSJN; 16/09/2008; Causa “G., M.G. s/ protección de persona causa N° 73.154/05. <http://defenpo3.mpd.gov.ar/defenpo3/def3/jurisprudencia/general/csjn/032afallos.htm>.

## **TENDENCIA JURISPRUDENCIAL DE LA CSJN**

### **Texto del fallo.**

### **Corte Suprema de Justicia de la Nación**

**Buenos Aires, 2 de agosto de 2005.**

**Vistos los autos: "S., C. s/ adopción".**

### **Considerando:**

1°) Que contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que Cal rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley confirmó la sentencia del Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca que había ordenado la restitución de la menor C. S. a su madre biológica y, en consecuencia, había rechazado la solicitud de adopción formulada por los guardadores de la niña (fs. 159/182), éstos interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 203/ 203 vta.

2°) Que para así resolver, la Corte local estimó que la cuestión debatida era de hecho y prueba y que los jueces de la causa no habían incurrido, como se pretendía, en una absurda valoración de la prueba por lo que el recurso local debía ser rechazado.

Consideró también que las normas del Código Civil atinentes a la pérdida de la patria potestad no habían sido violentadas, que el "orden natural sólo puede ser alterado cuando razones muy graves lo tornen inevitable", y que no se puede apartar a un menor de su madre sustituyendo los vínculos naturales por los adoptivos. Y agregó que la familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar ya que no existe interés que pueda compararse al de que la niña sea restituida al hogar de su madre, hermanos y abuelos, rescatándola de una pérdida de identidad personal que de otro modo va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida, como ya lo hace en la de su madre.

Por último, el superior tribunal provincial entendió que el derecho del niño a su identidad personal, a la preservación de sus relaciones familiares, a ser cuidado por su progenitora, a no ser separado de ella contra su voluntad, y el derecho de la madre a no ser despojada de su hijo, a educarlo, a que lleve su nombre, y a tenerlo con ella está previsto en los textos constitucionales y proclamados por numerosos documentos internacionales a los que nuestro país ha adherido.

3°) Que aun cuando es criterio de este Tribunal que las discrepancias de las partes con la interpretación que formulan los jueces de la causa de los principios que rigen un instituto, en el sub lite el de la adopción, resultan ajenas a esta instancia de excepción por remitir al examen de cuestiones de hecho y de derecho común y procesal, cabe dejar de lado dicho criterio cuando la sentencia atacada incurre en un apartamiento de las normas aplicables al caso, y de la delicada misión que incumbe a los jueces que deben resolver asuntos de familia, con la consecuente frustración de los derechos amparados por los Art. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

4°) Que, en efecto, queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerlo así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales.

En ese marco, la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema (Fallos: 318:1269, especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar en la medida de su jurisdicción los tratados internacionales a los que nuestro país esta vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (Art. 75, Inc. 22, Ley Fundamental).

5°) Que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.

El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. No sólo esa norma contempla como valor preferente el interés

superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo de que se trata, y en el tema de autos aparece específicamente en el Art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que en los procesos de adopción aquel interés sea la consideración primordial.

El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto. Tal principio, contenido en éste y en otros tratados internacionales, también está contemplado en nuestra legislación interna, cuando el Art. 321, Inc. i, del Código Civil dispone, entre las reglas que deben observarse en el juicio de adopción, que el juez o tribunal deberá valorar, en todos los casos, el interés superior del menor.

6°) Que en la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los Art. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente.

En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación. Sin perjuicio de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los estados partes firmantes de la citada convención se comprometen a asegurar y correlativamente

a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (Art. 9).

7°) Que, como se dijo, en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social.

En consecuencia, para una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces. Esta pauta de evaluación no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que, aplicada en consonancia con los principios que inspiran a tan importante institución, debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte (conf. Fallos: 293:273).

8) Que en el caso particular de autos surge de las constancias obrantes en la causa que la vida de la menor ha transcurrido desde el día de su nacimiento en el hogar del matrimonio S. - H. con todo lo que ello significa como relación de la niña con el ámbito de crianza y formación y, en particular, con quienes desempeñaron de hecho el papel de padre y madre.

Habiendo otorgado la madre biológica la guarda extrajudicial, durante la vigencia de la ley 19.134 mediante un acto permitido por ese ordenamiento, debe considerarse que aquélla en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción. No escapa al análisis de la cuestión que las defectuosas percepciones y turbamiento de la conciencia que produce el estado puerperal pueden provocar una alteración del juicio que conduzca a una decisión no querida, pero no sólo no hay constancias de que la madre lo hubiera padecido sino que el pedido de restitución de la niña no denotó una nítida manifestación de voluntad propia del arrepentimiento.

En efecto, de los informes agregados, de las declaraciones testificales y de las propias manifestaciones de la señora S. resulta que desde el momento mismo en que

conoció su embarazo había decidido entregar a su hija y que el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento sino que viene impuesto por una situación conflictiva ante la presión ejercida por sus familiares, en particular su madre (la abuela materna de C., hoy fallecida), que era quien se había comprometido a criar a la niña ante las dificultades de la señora S. para hacerlo (ver fs. 64/69).

Hay, además, un dato relevante a tener en cuenta en esta cuestión: sólo en dos oportunidades la señora S. se comunicó con los guardadores para conocer a la niña, la primera en 1997 y la segunda en 2001, ninguna de las reuniones pudo concretarse y desde entonces hasta la fecha del informe de fs.235/244 "se cortó totalmente la comunicación". No hay constancias posteriores que permitan apreciar que madre e hija hayan establecido vínculo afectivo alguno; sí que como informa la experta Martínez de Uberto a fs. 244C la señora S."no pudo explicitar con claridad lo que la motiva actualmente a persistir en el pedido de restitución de su hija biológica...".

Ese informe revela, en cambio, que la menor ocupa el lugar de hija en la familia de los guardadores, que la integración a ese grupo familiar es óptima y que el desarrollo evolutivo y emocional de C. es excelente (ver particularmente fs. 240).

De modo que, la regla del derecho interno contenida en los Art. 264, 265, 307 y concordantes del Código Civil, como, en igual sentido, la del derecho internacional de los derechos humanos (Art. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica, y 7 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849), que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos es, en el caso de autos, justamente la excepción, pues el interés superior de C. S. consiste en no modificar su actual situación fáctica porque el trasplante le originaría un perjuicio que debe evitarse (ver fs. 70/75 vta.).

Sin perjuicio de lo antes señalado, debe atenderse al criterio expresado por la perito Bielsa, a fs. 352/353, en cuanto a que "la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación, especialmente para [la menor, es acudir al llamado] 'triángulo adoptivo', con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor".

Por ello, concordemente con lo expuesto por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, se resuelve:

1º) Declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, dejar sin efecto el fallo apelado; 2º) Disponer que la menor C. S. quede en guarda de sus actuales tenedores, los cónyuges H. R. S. y P. N. H.; 3º) devolver el expediente a origen, a fin de que por quien corresponda se defina la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia y en el dictamen del señor Procurador Fiscal obrante a fs. 355/357. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos.

Notifíquese y devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - AUGUSTO CESAR

BELLUSCIO - CARLOS S. FAYT (según su voto)- JUAN CARLOS

MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI (según su voto)- ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- RICARDO LUIS LORENZETTI (según su voto)- CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT, DON E. RAUL ZAFFARONI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

**Considerando:**

1º) Que según resulta de autos, C. S. nació el 13 de enero de 1997 en la localidad de Pigüé, Provincia de Buenos Aires. Su madre, D. M. S., de 32 años de edad a esa fecha, suscribió, en los términos del entonces vigente Art. 11 Inc. c, de la ley 19.134, al día siguiente de su nacimiento, un acta notarial de entrega en guarda al matrimonio formado por H. R. S. y P. N. H., quienes iniciaron el 11 de febrero de 1997 el trámite de adopción. El 4 de julio de ese año D. M. S. se presentó al tribunal y solicitó el reintegro de su hija. Después de que se agregó un informe ambiental y otro psicológico, prueba testifical y previo dictamen del Asesor de Incapaces, el Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca por mayoría dispuso hacer lugar al pedido de restitución con fecha 13 de octubre de 1997. Para decidir de ese modo, expresó que no existía una situación de extrema gravedad que impidiera el reintegro, más allá del trauma para la niña, que sólo se había relacionado con la familia guardadora. También que la resolución se hallaba fundada en el "natural derecho de la niña a vivir con su grupo familiar, en beneficio de ella y en reconocimiento de sus derechos" (fs. 108 vta. /109). De acuerdo con la parte resolutive del fallo, la "inmediata" restitución de la niña debía llevarse a cabo el 24 de octubre de 1997.

Esta restitución nunca se cumplió. Los guardadores solicitaron el cambio de la fecha de la audiencia fijada para el día 24, pues hicieron saber que interpondrían recurso de inaplicabilidad de ley. Dicha solicitud no fue denegada ni otorgada, sino que el juez de trámite proveyó "Téngase presente y hágase saber". El día 24, el matrimonio S. no concurrió a la sede del tribunal (fs. 129). Una vez más, nada proveyó el a quo. A fs. 134, se encuentra glosado el recurso de inaplicabilidad de ley que fue declarado admisible el 10 de noviembre de 1997 (fs. 150), pese a la oposición del asesor de menores (fs. 148). De acuerdo con la interpretación que de las leyes procesales locales ha practicado el superior tribunal provincial, la concesión del recurso de inaplicabilidad de ley tuvo efecto suspensivo de la resolución impugnada, es decir, la orden de restituir la niña a su madre biológica.

El Subprocurador General dictaminó el 4 de febrero de 1998 y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires desestimó por mayoría el remedio local, el 12 de septiembre de 2001. Contra esta decisión los guardadores de la niña interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 203/203 vta.

Los recurrentes impugnan la sentencia con el argumento de que lo que está garantizado constitucionalmente por medio de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño es el interés superior de éste y no su identidad biológica y destacan que se ha prescindido del espíritu de las normas de ese tratado internacional al descalificarse el instituto de la adopción y aplicarse modelos prefijados con un total entendimiento de las pruebas producidas en la causa.

Como medida para mejor proveer, esta Corte dispuso que se efectuase un informe ambiental y otro psicológico respectivamente, sobre la situación personal y familiar de las personas involucradas en la causa, con particular referencia a la niña C., en el hogar de sus guardadores y en el de su madre biológica, ya que en el expediente únicamente obraban las pericias agregadas el 18 de julio de 1997 por el tribunal de familia (fs. 213). Luego de realizadas (fs. 238/244; 293/ 301; 318/320; 352/353), dictaminó el señor Procurador General (fs.355/357 vta.)

2º) Que en relación con la cuestión federal sometida a consideración de esta Corte, la parte recurrente había criticado la sentencia del Tribunal de Familia en los siguientes términos: "Se ha violentado no sólo lo establecido expresamente en la Convención sobre los derechos del niño en sus Art. 3, Inc. 1 y 9, Inc. 1, sino toda su

filosofía y la de la ley vernácula en materia de adopción (Ley 24.779) al no analizar la conveniencia del menor, considerándose que sobre ella debe primar el derecho de la madre de sangre y aun el de su familia biológica." (fs. 140, segundo párrafo). El tribunal superior provincial entendió que el recurso interpuesto por los guardadores que aspiran a la adopción, contradecía el interés superior del niño. Entre los fundamentos dados por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se argumenta que la restitución de la niña a su madre biológica constituye, contrariamente a lo alegado en el recurso, una medida obligatoria desde la perspectiva del resguardo del interés superior del niño. El voto que hizo mayoría, textualmente dice: "La familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor. Toda una fortaleza, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar (Gn. 2,24)". "No existe, en consecuencia, interés que pueda compararse al de que la niña sea restituida al hogar de su madre y hermanos y abuelos, rescatándosela de una pérdida de identidad personal que de otro modo, va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida. Como ya gravita negativamente en la vida de su madre (y la sentencia en recurso da cuenta de ello)"

3°) Que los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso interpuesto, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el Art. 75, Inc. 22, de la Constitución Nacional (Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 3.1) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (Art. 14.3 de la ley 48). Por otro lado, la cuestionada interpretación del "interés superior del niño" ha sido una premisa concluyente en la sentencia apelada y, por ende, guarda relación directa con el agravio que sirve de fundamento al recurso (Art. 15 de la ley 48).

4°) Que el Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". A juicio del Tribunal, esta regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel

interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. Así, en una controversia entre progenitores y adoptantes acerca de lo que más conviene al interés del niño, la premisa de que es mejor para este último la convivencia con los primeros no puede ser tomada como una verdad autoevidente. Hacerlo no sólo es una petición de principio (pues afirma en la premisa lo mismo que se pretende demostrar), sino también un desconocimiento del principio jurídico supra legal que marca la independencia conceptual del interés del niño respecto del de toda otra persona. Ello no significa, insistimos, aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, cuidado y respeto de su madre y padre, sino solamente que, desde el punto de vista del derecho, es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a, los de sus mayores.

Cuando se afirma en el fallo de la Corte provincial que C. debe incorporarse a su familia de origen y abandonar la de sus guardadores, lo hace por entender que el vínculo biológico es algo que debe preservarse por encima de todo, incluso del trauma que, según se acepta en la sentencia del Tribunal de Familia, se derivará para la niña. Pero este razonamiento implica un punto de partida equivocado: es la conveniencia de la niña lo que, eventualmente, debe justificar su retorno a la familia de origen y no, al revés, la preservación del vínculo biológico lo que sirve de justificación al trauma del retorno. Si la entrega de C. a su madre biológica supone un daño para la niña, entonces los jueces debieron justificar su decisión en que la permanencia con los guardadores que aspiran a su adopción generaría un trauma mayor. Pero ninguna demostración en ese sentido se ha llevado a cabo. En tales condiciones, la sentencia dictada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se aparta de la pauta señalada por el Art. 3.1 y 21, párrafo introductorio, de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el Art. 75, Inc. 22, de la Constitución Nacional y contemplada en nuestra legislación interna en el Art. 321, Inc. I, del Código Civil; en esa medida merece ser revisada en cuanto a sus fundamentos constitucionales.

5º) Que ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, la obligación del Tribunal es dar una solución que permita

satisfacer las necesidades de este último del mejor modo posible para la formación de su personalidad. Esta decisión corresponde hacerla en función de las particulares circunstancias en que transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concepciones sustantivas de la vida. Esto último, por más que parezca "de acuerdo a derecho", no lo será.

6°) Que no obstante, lo dicho no implica negar que el derecho vigente en particular la Convención sobre los Derechos del Niño prioriza a la familia biológica como el medio más favorable para el desarrollo de los niños. Dicha precedencia no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada Centre otros extremos con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aun mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La niña C. S., como ya se describió, desde su nacimiento hasta la actualidad (más de ocho años) ha vivido con el matrimonio S. - H., quienes en los hechos desempeñaron los roles de padre y madre, dato que no puede dejar de ponderarse si se repara en que, en un caso como este, la identidad filiatoria no necesariamente coincide con la verdad biológica. Así también, ha quedado demostrado que su integración a ese grupo familiar es óptima como su desarrollo evolutivo y psíquico (fs. 235/244).

También debe tenerse en cuenta que la niña llegó a manos de estas personas, a partir de una guarda extrajudicial otorgada por medio de una escritura pública, supuesto permitido durante la vigencia de la ley 19.134, en la que la madre biológica prestó libremente su consentimiento.

Si el acento debe ponerse en los efectos emocionales y psicológicos que la decisión puede tener sobre la persona de C., no resulta posible tomarla, de acuerdo con el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin reparar en el factor tiempo que cuando se trata de un niño, cuya personalidad se encuentra en formación, tiene un efecto constitutivo, pues es en ese curso temporal en el que se desarrollan los procesos

de maduración y aprendizaje. Es en este punto donde más evidente resulta el carácter dogmático con que el a quo ha interpretado el interés de la niña, pues remite a las consideraciones de hecho y prueba que practicara el tribunal de familia casi cuatro años antes como si la situación en ese entonces y la que se presentaba al momento de fallar la Corte provincial no se hubiese modificado en ningún aspecto relevante. Sin embargo, en esos años y los que han transcurrido desde entonces, C. ha avanzado significativamente en la formación de su personalidad y su identidad, la que no se reduce a un dato histórico, sino que abarca todo un proceso vital.

7°) Que teniendo en consideración el marco descripto, se advierte que separarla de sus guardadores implicaría asignar un alcance excesivo de los Art. 7, 8 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, ante el conflicto, darle preeminencia al interés de la progenitora, que es justamente lo contrario a lo que propicia la pauta interpretativa cuya inteligencia se cuestiona.

8°) Que resulta acorde con lo expresado el criterio que señaló la perito Bielsa en su informe de fs. 352/353 en cuanto a que "la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación especialmente para la menor, es acudir al llamado 'triángulo adoptivo', con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor".

Por ello, y concordemente con lo expuesto por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, se resuelve: 1) declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y dejar sin efecto el fallo apelado; 2) disponer que la niña C. S. quede en guarda de H. R. S. y P. N. H.; 3) devolver el expediente al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda se defina la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos.

Notifíquese y devuélvase. CARLOS S. FAYT - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.

DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DOÑA ELENA I. HIGHTON  
de NOLASCO Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

**Considerando:**

1º) Que contra el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que Cal rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley confirmó la sentencia del Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca que había ordenado la restitución de la menor C. S. a su madre biológica y, en consecuencia, había rechazado la solicitud de adopción formulada por los guardadores de la niña (fs. 159/182), éstos interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido a fs. 203/ 203 vta.

2º) Que para así resolver, la Corte local estimó que la cuestión debatida era de hecho y prueba y que los jueces de la causa no habían incurrido, como se pretendía, en una absurda valoración de la prueba por lo que el recurso local debía ser rechazado. Consideró también que las normas del Código Civil atinentes a la pérdida de la patria potestad no habían sido violentadas, que el "orden natural sólo puede ser alterado cuando razones muy graves lo tornen inevitable", y que no se puede apartar a un menor de su madre sustituyendo los vínculos naturales por los adoptivos. Y agregó que la familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar ya que no existe interés que pueda compararse al de que la niña sea restituida al hogar de su madre, hermanos y abuelos, rescatándola de una pérdida de identidad personal que de otro modo va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida, como ya lo hace en la de su madre.

Por último, el superior tribunal provincial entendió que el derecho del niño a su identidad personal, a la preservación de sus relaciones familiares, a ser cuidado por su progenitora, a no ser separado de ella contra su voluntad, y el derecho de la madre a no ser despojada de su hijo, a educarlo, a que lleve su nombre, y a tenerlo con ella está previsto en los textos constitucionales y proclamados por numerosos documentos internacionales a los que nuestro país ha adherido.

3º) Que aun cuando es criterio de este Tribunal que las discrepancias de las partes con la interpretación que formulan los jueces de la causa de los principios que rigen un instituto, en el sub lite el de la adopción, resultan ajenas a esta instancia de excepción por remitir al examen de cuestiones de hecho y de derecho común y procesal, cabe dejar de lado dicho criterio cuando la sentencia atacada incurre en un apartamiento de las normas aplicables al caso, y de la delicada misión que incumbe a los jueces que

deben resolver asuntos de familia, con la consecuente frustración de los derechos amparados por los Art. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

4°) Que, en efecto, queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos

prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar; pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si correspondía otorgar la adopción de la menor por imponerle así la conveniencia para ella y la concurrencia de circunstancias excepcionales. En ese marco, la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a esta Corte Suprema, especialmente considerando 10), a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar en la medida de su jurisdicción los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (Art. 75, Inc. 22, Ley Fundamental).

5) Que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor.

El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.

No sólo esa norma contempla como valor preferente el interés superior del menor sino que él subyace en todo el plexo normativo de que se trata, y en el tema de autos aparece específicamente en el Art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que en los procesos de adopción aquel interés sea la consideración primordial.

El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto

de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto.

Tal principio, contenido en éste y en otros tratados internacionales, también está contemplado en nuestra legislación interna, cuando el Art. 321, Inc. i, del Código Civil dispone que el juez o tribunal deberá valorar, en todos los casos, el interés superior del menor.

El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades, en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho "interés del niño" con sus derechos fundamentales. Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos.

6°) Que en la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los Art. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente.

En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación.

Sin perjuicio de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el

nombre y las relaciones familiares, tal como los estados partes firmantes de la citada convención se comprometen a asegurar y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (Art. 91).

7°) Que, como se dijo, en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social. La adopción es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral.

En consecuencia, para una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces.

Esta pauta de evaluación no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que, aplicada en consonancia con los principios que inspiran a tan importante institución, debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte.

8°) Que, en primer lugar, cabe señalar que el caso de autos presenta el carácter de excepcionalísimo dadas las particularidades que reviste y que serán objeto de análisis a continuación.

Ha llegado el momento del punto de equilibrio entre la familia adoptiva y la familia biológica en la medida que no haya mediado delito y que se hayan dado todos los pasos legales. Que surge de las constancias obrantes en la causa que la vida de la menor ha transcurrido desde el día de su nacimiento en el hogar del matrimonio S. - H. con todo lo que ello significa como relación de la niña con el ámbito de crianza y formación y, en particular, con quienes desempeñaron de hecho el papel de padre y madre.

Habiendo otorgado la madre biológica la guarda Extrajudicial, durante la vigencia de la ley 19.134 mediante un acto permitido por ese ordenamiento, debe

considerarse que aquélla en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción. No escapa al análisis de la cuestión que las defectuosas percepciones y turbamiento de la conciencia que produce el estado puerperal pueden provocar una alteración del juicio que conduzca a una decisión no querida, pero no sólo no hay constancias de que la madre lo hubiera padecido sino que el pedido de restitución de la niña no denotó una nítida manifestación de voluntad propia del arrepentimiento.

La intención de entrega de la menor con la plena conciencia por parte de la madre biológica se advierte al tratarse de una madre adulta (contaba con 32 años de edad al momento de la entrega), con dos hijos de 12 y 9 años (fs. 52vta.), lo que da cuenta que no era madre primeriza. En efecto, de los informes agregados, de las declaraciones testificales y de las propias manifestaciones de la señora S. resulta que desde el momento mismo en que conoció su embarazo había decidido entregar a su hija y que el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento sino que viene impuesto por una situación conflictiva ante la presión ejercida por sus familiares, en particular su madre (la abuela materna de C., hoy fallecida), que era quien se había comprometido a criar a la niña ante las dificultades de la señora S. para hacerlo (ver fs. 64/69).

De la declaración de la testigo Mónica Gladys Lorenzo (médica que vio a la señora S. al quinto mes de embarazo y luego al final de éste y la atendió en el parto) surge que la decisión de entregar a su hija no fue tomada en el alumbramiento por la señora S., sino que en las dos o tres oportunidades en que la testigo habló con ella, antes del parto, le manifestó que iba a dar a su bebé en adopción (ver fs. 90 vta.). Esta testigo conocía a la señora S. por ser paciente de ella y además manifestó que ya la trataba desde el nacimiento de su hija anterior a C., lo cual denota un conocimiento previo (ver fs. 90 vta., séptima pregunta).

La asistente social del Tribunal de Familia de Bahía Blanca informa que la madre de la señora S. le manifestó que tanto su hijo D. como la esposa de él se sentían molestos por la reacción de D. de querer recuperar a su hija para sí, pues, según la madre, ellos pretendían hacerse cargo de la niña y cuidarla junto con sus otros hijos (ver fs. 68). También con referencia a la madre y el hermano de la señora S., la asistente social designada por este Tribunal, en el informe socio-ambiental presentado, señala

que ambos la "presionaron" para que solicitara el reintegro de su hija, comprometiéndose su madre a ayudarla en la crianza, ya que reconoció que "sola no podía asumirla" (ver fs. 242 vta./243).

Debe tenerse presente lo dicho por el padre de la señora S. a la asistente social en cuanto a que él siempre se ocupó de sus nietos y lo sigue haciendo pero piensa que "teniendo en cuenta la situación actual y el tiempo transcurrido sería conveniente que C. permaneciera con las personas que la criaron" (ver fs. 243).

Informa la asistente social que el grupo familiar conviviente de la señora S. y sus dos hijos funciona como tal, se observan dificultades de relación entre sus miembros, algunos explicitados, tales como la relación del hijo con su madre (el que inclusive manifestó "no entender a su madre ni reconocerla y respetarla como tal") y de ésta con el mismo como así también la mala relación entre los hermanos (ver fs. 242/243 vta.). Agrega que sus hijos, especialmente el varón, manifiestan que el reintegro de C. "no sería bueno ni para C. ni para ellos", y alegan "no entender la postura materna". Hay, además, un dato relevante a tener en cuenta en esta cuestión: sólo en dos oportunidades la señora S. se comunicó con los guardadores para conocer a la niña, la primera en 1997 y la segunda en 2001, ninguna de las reuniones pudo concretarse y desde entonces hasta la fecha del informe de fs.235/244 "se cortó totalmente la comunicación". No hay constancias posteriores que permitan apreciar que madre e hija hayan establecido vínculo afectivo alguno; sí que como lo informa la experta Martínez de Uberto a fs. 244C la señora S. "no pudo explicitar con claridad lo que la motiva actualmente a persistir en el pedido de restitución de su hija biológica...".

También reviste importancia lo informado por la defensora de provincia en cuanto a que la madre biológica le manifestó que no existía voluntad de su grupo familiar (hijos y concubino) para someterse a la posible realización de pericias psicológicas ampliatorias (ver fs. 347).

El informe de la asistente social Martínez de Uberto revela, en cambio, que la menor ocupa el lugar de hija en la familia de los guardadores, que la integración a ese grupo familiar es óptima y que el desarrollo evolutivo y emocional de C. es excelente (ver particularmente fs. 240). C. está totalmente integrada a las familias S. - H., se desenvuelve con naturalidad y seguridad por la vivienda, desempeñando con comodidad su rol de hija, nieta, sobrina y prima. Se la ve muy estimulada y demuestra

un nivel intelectual mayor a su edad cronológica (ver fs. 237/237 vta.). De modo que, la regla del derecho interno contenida en los Art. 264, 265, 307 y concordantes del Código Civil, como, en igual sentido, la del derecho internacional de los derechos humanos (Art. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica, 7 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849), que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos es, en el caso de autos, justamente la excepción, pues el interés superior de C. S. consiste en no modificar su actual situación fáctica porque el trasplante le originaría un perjuicio que debe evitarse (ver fs. 70/75 vta.).

Sin perjuicio de lo antes señalado, debe atenderse al criterio expresado por la perito Bielsa, a fs. 352/353, en cuanto a que "la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación, especialmente para la menor, es acudir al llamado] 'triángulo adoptivo', con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor".

Cuando el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a que el niño debe crecer en "el seno de la familia", en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, alude también a la familia adoptiva, que no es menos familia que la biológica.

Por ello, concordemente con lo expuesto por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, se resuelve:

1º) Declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, dejar sin efecto el fallo apelado; 2º) disponer que la menor C. S. quede en guarda de sus actuales tenedores, los cónyuges H. R. S. y P. N. H.; 3º) devolver el expediente a origen, a fin de que por quien corresponda se defina la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia y en el dictamen del señor Procurador Fiscal obrante a fs. 355/357. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos. Notifíquese y devuélvase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - RICARDO LUIS LORENZETTI.

Recurso extraordinario interpuesto por H. R. S. y P. N. H. de S., con el patrocinio de la Dra. Karina Mariel Mahon Traslado contestado por D. S., representada por la defensora general departamental: Dra. María G. Cortázar Tribunal de origen:

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires Tribunales que intervinieron con anterioridad: Tribunal de Familia del Departamento Judicial de Bahía Blanca. <sup>37</sup>

**Carta de adhesión a la ley 25854**

**Carta modelo\* pidiendo la adhesión a la ley 25854 (para residentes de provincias que no adhirieron aún).**

*Provincias no adheridas aún: Catamarca, Chubut, Córdoba, Formosa, Salta, San Luis y Santiago del Estero.*

*Provincias con proyectos de adhesión: Corrientes, La Pampa, Mendoza*

*Provincias adheridas: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, Chaco, La Rioja, Jujuy, Misiones, Neuquén, Entre Ríos, Santa Fe, San Juan, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Tucumán y Río Negro.*

Asunto: Adhesión a la Ley Nacional N° 25.854

Ciudad, fecha

Estimados Legisladores

HONORABLE LEGISLATURA DE LA PROVINCIA (nombre de la provincia)

S / D

Ref.: Adhesión a la Ley Nacional N° 25.854

*Por medio de la presente solicitamos a Uds. tengan a bien tratar en la Honorable Legislatura de la Provincia de..., la adhesión a la Ley Nacional N° 25.854 y ordene la firma del convenio de traspaso de datos correspondiente. El Honorable Congreso de la Nación sancionó el 4 de diciembre de 2003 la Ley que*

---

<sup>37</sup> <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=588396>.

*fuera registrada bajo el N° 25.854, por la que se crea el REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES A GUARDA CON FINES ADOPTIVOS, con asiento en el Ministerio de Justicia de la Nación, cuyo objeto es formalizar una lista de aspirantes a guardas con fines de adopción de todas las jurisdicciones de nuestro país.*

*En dicha norma, así como en el Decreto N° 1328/09 del Poder Ejecutivo Nacional, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a la misma, con el fin de coordinar acciones con las autoridades a cargo de los registros con asiento en las jurisdicciones, a fin de unificar criterios y evitar la duplicidad de inscripciones de postulantes a guarda con fines adoptivos.*

*En la normativa nacional a la que se hace referencia en el primer y segundo párrafo, se propone a través del REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES A GUARDA CON FINES ADOPTIVOS:*

*1. Proporcionar a los jueces y organismos oficiales que tienen a su cargo trámites relacionados con la adopción, una lista centralizada de aspirantes a guarda con fines adoptivos admitidos en los términos del artículo 8° de la Ley N° 25.854, de la cual surjan los datos indicados en el artículo 5° de este reglamento.*

*2. Agilizar y economizar los trámites de adopción evitando que los aspirantes a adoptar tengan que inscribirse en múltiples registros para acceder a la adopción de menores domiciliados en distintas provincias.*

*Como resulta evidente, la creación del REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES A GUARDA CON FINES ADOPTIVOS, no restringe las facultades de las jurisdicciones provinciales, sino que unifica la información de todas ellas, facilitando a los aspirantes a la adopción (adoptantes y posibles adoptados) la accesibilidad a la información así como la economía de esfuerzos para lograrla.*

*Cabe destacar que actualmente han adherido a la Ley la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las provincias de Buenos Aires, Chaco, La Rioja, Jujuy, Misiones, Neuquén, Entre Ríos, Santa Fe, San Juan, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Tucumán y Río Negro. Y se encuentran en proceso de adhesión las provincias de La Pampa, Mendoza y Corrientes.*

*A los efectos de lo expuesto es que solicitamos a la HONORABLE LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE ... SANCIONE CON FUERZA DE LEY la Adhesión en todos sus términos a la Ley Nacional N° 25.854, por la que se crea el*

*La factibilidad, utilidad y legalidad de la llamada “entrega directa” como opción en el Régimen de Adopción.*

*REGISTRO UNICO DE ASPIRANTES A GUARDA CON FINES ADOPTIVOS, con asiento en el Ministerio de Justicia de la Nación y ordene la firma del convenio de traspaso de datos correspondiente.*

*Sin más, y quedando a la espera de una pronta atención a nuestra solicitud.*

*Saludamos a Uds. muy atentamente.-*

*Nombre, apellido y DNI*

## **BIBLIOGRAFIA**

### **Libros**

- ÁLVAREZ, José A., La guarda de menores con fines de adopción, en Cuadernos de Familia, Buenos Aires, 1981, vol. I
- BELLUSCIO, Augusto Cesar, 2011 Manual de Derecho de Familia, (10ma Edición) - Abeledo Perrot.
- BORDA, Guillermo, 1993 Tratado de Derecho Civil Argentino. Editorial Abeledo Perrot.
- BASSET, Ursula C. “Adopción en la Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación La Adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial” julio 2012
- CHAVANEAU, Silvia, “La reformulación legal de la adopción a la luz del derecho a la identidad y la sanción de la ley 26.061” Documento de trabajo del Encuentro sobre Reformulación Legal de la Adopción a la luz del Derecho a la Identidad y la sanción de la ley 26.06 citado.
- DI LELLA, Pedro “Vigencia de la delegación notarial de la guarda” Revista del Notariado N 849. Septiembre 1997, p38
- DE LA HOZ, Carlos Darío Camargo (Primera Edición marzo de 2000) La adopción, teoría y práctica. Editorial Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
- ELIAS, María Felicitas. La Adopción de niños como cuestión social. Editorial Paidós.
- ELIAS, María Felicitas, “El derecho a la identidad” en “Familia (s), estallido, puente y diversidad”, Carolos Eroles (compilador).
- FERNANDEZ, Silvia, “Adopciones, Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción”, en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia.

- GROSMAN, Cecilia. “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”. 1993
- HERRERA, Marisa. 2015. Manual de Derecho de las Familias. (1ra Edición) Editorial Abeledo Perrot.
- IGNACIO, Graciela, “Derecho de la madre biológica de elegir los guardadores. Medida de abrigo. Restitución de la menor”, DFyP 2011 (octubre).
- MEDINA, Graciela, La guarda de hecho y la adopción , JA 1998-III-959
- KIELMANOVICH, Jorge, “Garantías procesales en la adopción” Documento elaborado par el encuentro “Reformulación legal para la adopción a la luz del derecho a la identidad y la sanción de la ley 26.061.
- LEVY Lea. “Régimen de Adopción. Ley 24.779”. Editorial Astrea 1997.
- MINSYERSKI, Nelly, “Notas sobre la adopción y el Proyecto de Reforma”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, N° 18, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, página 65.
- MISRAHI Mauricio Luis. Objeciones constitucionales a la nueva ley de adopción (ley 24.779).RIDJ N° 11.

#### Paginas Web

- ÁLVAREZ, A. (2012). La adopción. En Análisis del proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires.  
Recuperado en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/adopcion-atilio-alvarez.pdf>.Fecha de consulta: 15-04-2014
- BONAVENTO F., ECHEZARRAGA E., TORRETI E., CALAFAT J. “Adopción por entrega directa”. Parte de la Evaluación Final de la Materia Taller multimedia de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE).  
<http://adopcioned.blogspot.com.ar/>.

- DNRUA: Dirección Nacional de Registro Único con fines adoptivos. Recuperado en: <http://www.jus.gob.ar/registro-aspirantes-con-fines-adoptivos/registros-de-la-republica-argentina.aspx>
- DIARIO LA CAPITAL <http://www.lacapital.com.ar/opinion/El-sistema-de-adopcion-20120720.html>.
- [http://www.unicef.org/argentina/spanish/cuidados\\_Parentales\\_final](http://www.unicef.org/argentina/spanish/cuidados_Parentales_final)

### Legislación

- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION 2014. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reforma Designada por Decreto 191/2011. Editorial Rubinzal- Culzoni- Buenos Aires
- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION 2015. Editorial Errepar S.A.
- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION COMENTADO 2015. Editorial La Ley. CALVO COSTA, Carlos.
- Ley Nacional N° 25.854 y a su Decreto Reglamentario N° 1328/09
- Ley 26.061 - Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (21/10/05).
- Ley 24.779 – Régimen de Adopción (26/03/1997)

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR  
TESIS DE POSGRADO O GRADO  
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Mondini Gianna
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	32.682.206
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	La factibilidad, utilidad y legalidad de la llamada “entrega directa” como opción en el Régimen de Adopción.
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	Yayimondini@hotmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
<b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de toda la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)</i> <sup>[1]</sup>	
<b>Publicación parcial</b> (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha: Rio Cuarto, Córdoba. 29 de Noviembre de 2015**

\_\_\_\_\_  
Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y  
registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
Firma

\_\_\_\_\_  
Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

\_\_\_\_\_  
<sup>[1]</sup> Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

*La factibilidad, utilidad y legalidad de la llamada “entrega directa” como opción en el Régimen de Adopción.*